جامعة القاهرة
كلية الحقوق

سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة
للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (في الشريعة الإسلامية)

مقدمة من

جمال الدين محمد محمود

وكيل أول نيابة النقض الجنائي



لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة
[والمشرف على الرسالة]

الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي : رئيس قسم القانون المدني بجامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة عين شمس

اهداءات ٢٠٠١

الدكتور/ القطب محمد طبلية

القاهرة

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الإسلامى
دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة
للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق (فى الشريعة الإسلامية)

مقدمة من
جمال الدين محمد محمود
وكيل أول نيابة النقض الجنائى

لجنة الحكم على الرسالة

الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة
[والمشرف على الرسالة]
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى : رئيس قسم القانون المدنى بجامعة القاهرة
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة عين شمس

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها : محمد عبد الرازق
١٩ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون : ٩٣٤٠٩٨

إهـــداء

إلى الذين يعملون من أجل الفقه الإسلامى لأنهم يؤمنون بالإسلام ويتّبعون شريعته . . .

وإلى الذين أخلصوا للعلم — فى دراستهم له — فأدركوا قيمته

وإلى الذين لم يعرفوه بعد — حق المعرفة .



مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم — والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين أدّى الأمانة وبلّغ الرسالة وحمل الشريعة — وبعد :

فقد اتجهت بعد دراستى للشريعة الإسلامية إلى اختيار موضوع للبحث فيها يكون فى دراسته إيضاح لنظرية عامة فى ذلك الفقه ويكون فى المقارنة بينه وبين القانون الوضعى ما يبرز الصياغة الفريدة للفقه الإسلامى . فاخترت للدراسة موضوع سبب الالتزام . وهو من مباحث الالتزام الهامة فى القانون المدنى كما يشغل سبب الالتزام عند دراسة العقد مكاناً هاماً فى كتب الفقه الوضعى وقد كان موضوع سبب الالتزام مثاراً للجدل فى الفقه المصرى والقضاء قديماً — وعند وضع القانون المدنى المصرى أراد واضعوا مشروع القانون أن يحسموا الأمر فى موضوع سبب الالتزام — وكشفوا فى الأعمال التحضيرية للقانون عن اعتناقهم مذهباً معيناً فى السبب — غير أن نصوص القانون المدنى فى السبب — لا تطاوعهم فيما ذهبوا إليه .

وإذا كان الفقه الإسلامى فى جملته فقهاً عملياً يهتم فى المقام الأول بوضع الحلول للمسائل وببحث الفروع قبل أن يعرض للقواعد والنظريات العامة بذاتها — فإن ذلك ليس مرجعه غياب القواعد والنظريات التى تجمع الفروع وتوجه الحلول وإنما يرجع ذلك إلى طريقة تدوين الفقه الإسلامى ونقله إلينا — وليس عسيراً على من يتتبع الحلول أن يخرج منها بالنظرية العامة ، أو على الأقل بالنظرة الشاملة التى يحيط بها هذا الفقه موضوعاً معيناً فيه ، وإن من يتتبع كتب الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة والتى تبحث العقد يتبين له أن الفقهاء قد اهتموا — فى العقود الملزمة للجانبين — بالمبادلة

أو المعاوضة — إذ ترجع أسباب فساد هذه العقود فيما لا يتصل بالرضا أو المحل — إلى الخلل فى المبادلة أو المعاوضة — كما أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا ببحث البواعث والنيات وأثرها على العقود اللازمة — وغير اللازمة وأن كان ما يؤدى إليه العقد فى واقع الأمر — وليس نية العاقد فحسب — هو المناط فى صحة العقد أو بطلانه .

وإذا كان دور السبب فى الالتزام أو فى العقد فى القانون المدنى أنه يؤدى وظيفة فردية هى حماية العاقدين — ووظيفة إجتماعية هى حماية المجتمع من الأغراض والغايات غير المشروعة فإن المعاوضة التى يعتبرها الشارع الإسلامى — تؤدى إلى حماية العاقدين بتحقيق التكافؤ بينهما فى الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد — كما يتطلب الشارع الإسلامى أن تكون الغاية من العقد بحيث تتفق مع مقاصد الشارع .

وقد رأيت أن أبدأ الرسالة بباب تمهيدى أعرض فيه نظرية السبب فى القانون المقارن وأختم فصوله بالحديث عن صياغة الفقه الإسلامى ومنهج البحث فيه — ثم تنقسم الرسالة بعد ذلك إلى قسمين أولهما تناولت فيه فكرة السبب وفكرة الالتزام فى الفقه الإسلامى بغية تحديدهما — ثم خصصت القسم الثانى لتطبيق ما انتهيت إليه على العقود اللازمة والعقود غير اللازمة فى الفقه الإسلامى وأنهيت الرسالة بخاتمة وجيزة قارنت فيها بين سمات نظرية السبب فى الشرائع الوضعية التى تعرضنا لها — وبين خصائص المبادلة أو المعاوضة المعتبرة شرعاً فى الفقه الإسلامى .

وإذا كان مستقراً فى فقه القانون المدنى أن سبب الالتزام هو جواب من يسأل « لم التزم المدين » فأحسب أننى وجهت النظر إلى جواب هذا السؤال

فى الفقه الإسلامى — وإن كنت قد عدلت فى عنوان الرسالة عن عبارة « نظرية السبب » إلى « سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الإسلامى » .

وأرى واجباً على أن أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة . فقد منحنى من وقته وجهده الكثير — وكان فيما يوجه إليه ناصحاً لا مشيراً — وإذا كنت أعد ذلك تفضلا منه — فإن ظنى به — أنه يجعله حقاً لكل باحث فى الفقه الإسلامى .

كما أتوجه بشكرى إلى الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى — رئيس قسم القانون المدنى بجامعة القاهرة . فقد تفضل بمراجعة ما كتبته فى القانون وأفدت من توجيهه فى تقسيم الرسالة .

وأسأل الله أن يكون ما بذلته من جهد لائقاً بالهدف الذى قصدت إليه وهو خدمة الشريعة الإسلامية وإظهار مكانتها بين الشرائع — والسلام ؟

١١ رمضان سنة ١٣٨٨ هـ
أول ديسمبر سنة ١٩٦٨ م

باب تمهيدى

نظرية السبب فى القانون المقارن

والصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى

تقسيم : رأينا قبل أن ندخل إلى بحث موضوع سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى أن نمهد لهذه الدراسة بباب نتناول فيه نظرية السبب فى القانون المقارن وكذلك الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى لأن من أهداف هذه الدراسة أن يظهر الفقه الإسلامى فى موضوع سبب الالتزام مقارناً بغيره من الشرائع الوضعية .

وقد تخيرت فى المقارنة الشريعة اللاتينية والشريعة الأنجلوسكونية — فعرضت فى الأولى نظرية السبب فى القانون الفرنسى ثم فى القانون المصرى والنظرية الإيطالية فى السبب . وتناولت فى الثانية السبب فى القانون الانجليزى وراعيت فى عرض نظرية السبب الاكتفاء بإيضاح الفكرة دون الدخول فى تفصيلات نظرية السبب فى كل منها لأن ذلك لا يغنى فيه باب واحد فى كتاب وتناولت بعد ذلك صياغة الفقه الإسلامى وخصائصه المميزة ومنهج البحث عن نظرية السبب فيه .

وبذلك ينقسم هذا الباب إلى خمسة فصول الأول نتكلم فيه عن نظرية السبب فى القانون الفرنسى ، والثانى عن السبب فى القانون المصرى والثالث عن النظرية الإيطالية فى السبب ، والفصل الرابع نتناول فيه السبب أو الاعتبار فى القانون الانجليزى .

ونتحدث فى الفصل الخامس والأخير عن الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى .

الفصل الأول

نظرية السبب فى القانون الفرنسى

يظفر بحث نظرية السبب فى القانون الفرنسى بنصيب وافر من الاهتمام يتجلى فى تناوله فى جميع الكتب التى تبحث فى نظرية الالتزام ، وفى البحوث العديدة التى تكتب فى هذا الموضوع ، ومع ذلك فإن تحديد طبيعة السبب و كشف دوره فى العقد أو فى الالتزام مازال محلا للخلاف والمناقشة بين مختلف الآراء والنظريات على أننا نشير إلى أن البحث فى نظرية السبب يستهدف أمراً متفقاً عليه وهو الاجابة عن السؤال لم التزم المدين ؟ وتحديد طبيعة السبب وبيان دوره فى التصرف القانونى هو الذى يحمل الاجابة على هذا السؤال ، وعلى قدر البساطة التى تظهر فيه فإن معرفة سبب الالتزام قد اقتضت من الفقهاء أن يبحثوا عن أصل الفكرة حتى فى القانون الرومانى ، وبذلك يكون للسبب فى القانون الفرنسى والذى تناولته المادتان ١١٠٨ ، ١١٣١ مدنى فرنسى تاريخ طويل قد يمتد على ما سنرى إلى القانون الرومانى .

ومن ناحية أخرى يجب أن نبدأ بالقول بأن كلمة السبب تعنى فى المنطق أحد معنيين أولها السبب المنشىء أو المادى cause efficiente وهو مجموع الوقائع التى يتوقف على حصولها أن تتحقق وقائع لاحقة ، وثانيهما السبب القصدى أو الغاية La cause finale أى الهدف الذى يفسر قيام شخص بعمل ما[1] .

---

(١) ولم نر أن نعرض للسبب لفظا لأن ذلك يختلف حسب اختلاف اللغات فالسبب =

فكرة السبب عند الرومان :

كان القانون الرومانى القديم شكلياً ، ولم يكن الاتفاق ينشىء عقداً وبذلك لم يكن للسبب دور فى هذا النظام ثم اتسعت المعاملات وأصبحت متاعب النظام الشكلى كبيرة إذ لم يكن هناك سوى عدة اتفاقات تشكل فى مجموعها نظاماً قانونياً فكان عقد القرض Le nexum وهو عقد قديم وبعد ذلك العقد الشفوى Contrat verbal فى وقت أحدث وكان نموذجه الاشتراط وأخيراً العقد الكتابى Contrat litteral ولم يكن لمجرد الاتفاق أثر قانونى[١] ثم أدت اعتبارات التطور فى القرون الأخيرة للجمهورية وفى عهد الامبراطورية إلى نشوء عقود جديدة ليست شكلية ولا تخضع للقانون الجامد droit strict وهى العقود الرضائية والعينية إلى جانب العقود السابقة[٢] . وبمقارنة هذه العقود بالعقود القديمة يتبين أن العقود الأخيرة لم تكن شكلية لأن صحة العقد لا تخضع لشكل معين وإنما لشروط موضوعية مستمدة من غرضه الاقتصادى distinction economique ، وكانت من عقود حسن النية ولا تخضع للتفسير الجامد . كما نشأت العقود الرضائية وهى البيع والإجارة والشركة والوكالة والعقود غير المسماة[٣] .

= فى اللغة العربية مثلا هو الحبل والذريعة ، وفى ذلك ما يباعد بيننا وبين ما نحاول تحديده ، أما السبب فى المنطق فلا يتأثر باختلاف اللغة .

(١) جيرار ص ٤٦٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٦٥ ، على بدوى مبادىء القانون الرومانى ص ١٧٦ .

(٣) جيرار ص ٤٧٠ ، ل بروهل ص ٢٦٠ وقد تخلصت هذه العقود من الشكلية بمعنى أن الاتفاق يعطى دعوى أمام القضاء ، وقد نشأت العقود الرضائية فى حوالى ١٥٠ ق . م أما العقود غير المسماة فأقرها القانون فى عهد الإمبراطورية . مبادىء القانون الرومانى . عبد المنعم بدر والبدراوى ص ٥٣٢ .

وإذا بحثنا عن فكرة السبب نجد أنه فى العقود الشكلية فإن صحة العقد مستقلة تماماً عن سببه فالمدين يلتزم بمجرد إتمام الشكل (كالأجابة الصحيحة فى العقد الشفوى مثلا) وكان العقد يتم ولو كان السبب غير مشروع إذ كان العقد مجرداً من سببه ومن البواعث عليه فلم يكن له سبب إلا الشكل[١] غير أنه فى العقود غير الشكلية نجد فكرة السبب بطريق غير مباشر فقد أدى نظام العقود غير المسماة إلى أنه فى حالة العقود التبادلية التى لاتدخل فى العقود العينية أو الرضائية إذا نفذ أحد الطرفين التزامه فإنه يكون له دعوى قبل الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل[٢] كما أنه فى العقود الرضائية كان السبب فى التزام أحد المتعاقدين هو الالتزام المقابل للآخر فإذا تخلف لم ينشأ الالتزام الأول — وأعطى البريتور للمدين الذى تعهد بدون سبب دفعاً للتخلص من الالتزام إذا أقيمت عليه الدعوى — أو دعوى بطلب الإبراء ولكن لم يكن الالتزام باطلا[٣].

وبالنسبة للتصرفات المنفردة سمح القانون الإمبراطورى بالهبة وأصبح الاتفاق عليها ملزماً فى عهد جوستنيان وكذلك الوعد بالدوطة فى عهد تيودور الثانى غير أنه مع ذلك بقيت القاعدة أنه حتى يكون الاتفاق ملزماً فإنه يجب وضعه فى عقد شكلى[٤].

---

(١) جيرار ص ٤٨٨ ، جاستون ماى ص ٢٤٩ .

(٢) جيرار ص ٤٧٠ وفى العقود الشكلية كان المدين محمياً بالدفع بالغش إذا لم يتسلم القرض مثلا ثم أعطى دعوى شخصية لرد ما دفع بطريق الخطأ أو بطلب الابراء . على بدوى ص ١٧٨ .

(٣) جاستون ماى ص ٢٥٠ .

(٤) جيرار ص ٤٧٠ .

وبالنسبة للبواعث فقد أدرك الرومان بذوقهم العملى أنه إذا بحث عن النوايا والبواعث لم يكن هناك قاعدة عامة وأنه يجب تقييم العمل القانونى بحسب ذاته لا بحسب بواعثه التى دفعت لاتمامه[١] ، ومع ذلك إذا كان العقد غير مشروع كان للمدين الدفع بالغش إذا كان السبب غير المشروع من الدائن فقط دون اشتراكه فيه[٢] وقيام السبب لم يكن مطلوباً لتكوين العقد ولكن للاحتفاظ بالمال أو الحق موضوع العقد[٣] . فلم يكن السبب عنصراً من عناصر العقد ولكنه يعد تصحيحاً للقواعد القديمة فى تكوين العقد بدافع من العدالة[٤] وبذلك لم تكن فكرة السبب بعيدة عن الرومان غير أنهم لم يجعلوا قيام الاتفاق مستقلا عن السبب . إذ كان ذلك فى عهد متأخر وفى العقود غير الشكلية التى يكون فيها السبب عنصراً من عناصر صحة العقد[٥] . كما أنه فى العقود العينية لم تنعدم فكرة السبب ، وفى العقود الرضائية لم يكن يراعى الاستقلال بين الالتزامات إلا عند تكوين العقد وكان ذلك مفهوماً بالنسبة للايجار بشكل أفضل فإذا هلك الشىء المؤجر أثناء الايجار لا تستحق الأجرة ، وفى العقود المسماة وهى التى لا يكفى فيها الرضا وحده بل يجب تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه نجد تطبيقاً أفضل لنظرية السبب إذ لعبت فكرة الفسخ لعدم التنفيذ دورها ونجد أن الاعتبار الهام هو الهدف الاقتصادى لأن أحد الطرفين لا ينفذ التزامه إلا بغرض الحصول على الالتزام المقابل[٦] .

---

(١) جاستون ماى ص ٢٥٠ .　　(٢) جيرار ص ٤٨٠ .

(٣) بواجيزان ص ٨١ .　　(٤) المرجع السابق ص ٨٣،٨٤ .

(٥) جاستون ماى ففى العقود العينية كان سبب الالتزام التسليم La res وفى العقود الرضائية الالتزام المقابل ص ٢٥٠ .

(٦) بواجيزان السبب ص ٩٠ — ٩٢ .

ونجد هنا أن موضوع العقد وسببه كان أمراً واحداً . فنى العقود الرسمية لم يكن هناك سبب سوى الشكل ، وفى العقود العينية كان السبب هو تسلم الشيء وفى العقود الرضائية هو الأمر الذى تعهد به الطرف الآخر وفى العقود غير المسماه فإن السبب هو التنفيذ الذى قام به أحد الطرفين[١] .

كما نجد أن فكرة السبب ظهرت ضمن فكرة العدالة . فإذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فمن العدالة ألا يترك الطرف الآخر ملتزماً فأعطى الدفع بالغش ، وكان هناك دعوى لمنع العقد من إنتاج آثار منافية لإرادة المتعاقدين أو القانون أو الأخلاق فهى دعوى لرد القيمة كدعوى الإثراء بلا سبب الآن لمنع الإثراء غير العادل[٢] .

ونرى هنا أن فكرة السبب فى القانون الرومانى تختلف عن فكرة السبب فى القانون من ناحية طبيعتها[٣] ، فقد كان السبب عند الرومان يعنى مصدر الالتزام أو الواقعة التى أنشأته ، ولم يكن السبب عنصراً من عناصر تكوين العقد ولكنه كان وسيلة لتحقيق العدالة فى عقد يتم دون سبب . فكانت حماية المدين الذى لم يتسلم القرض بالدفع بالغش أو بطلب الإبراء ، وكذلك الدعوى التى تسمح للطرف الذى نفذ التزامه باسترداد ما قدمه إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه أعمالا غير مباشر لفكرة السبب وكذلك فى حالة

---

(١) جيرار ص ٤٥٥ على بدوى ج ١ ص ٢١٢ .

(٢) بواجيزان ص ٧٨ وقد استعان الرومان بفكرة العدالة فى تخفيف حدة بعض النظم القانونية والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية فى العقود كاستعمال اللغة اللاتينية ثم وصل الأمر الى تغليب المعنى على اللفظ بصدور مرسوم الأمبراطور ليون سنة ٤٨٢ م ، مبادىء تاريخ القانون الرومانى للدكتور صوفى حسن أبوطالب ص ٣٤٢ .

(٣) بيدان ج ٧ فقرة ١٤٣ .

الدفع بعدم تنفيذ التعهد غير المشروع ، وبذلك يكون السبب قد استطاع أن يؤدى بعض دوره دون أن يكون اتصاله بالارادة ظاهراً .

فكرة السبب فى العصر الوسيط :

إذا كان السبب فى النظرية التقليدية عنصراً مرتبطاً بالارادة الخاصة على نحو ما . فإن ذلك الربط بين السبب والارادة الخاصة لم يكن على درجة كافية من الوضوح ، ولا يعرف على وجه التحقيق كيف استعملت كلمة سبب فى فقه العصور الوسطى بمعنى الغرض الذى تتجه إليه الارادة الخاصة . فإذا انتقلنا من الموسوعات الرومانية إلى فقه المحشين وجدنا أنفسنا فجأة أمام فكرة جديدة عن السبب[1] .

وقد بدأت تظهر فى العصر الوسيط فى القرنين الثامن والتاسع تقريباً فكرة مسؤولية الواعد بناء على وعده غير أنه كان يشترط لذلك قيدان إمامن ناحية الشكل كاشتراط اليمين أو الكتابة أو بتنفيذ أحد الطرفين لتعهده وهى نفس فكرة العقد العينى على نطاق واسع ، ولم يكن القانون الرومانى حتى هذا الوقت قد حدد بصفة عامة فكرة انعقاد العقد وكانت فكرة الالتزام التعاقدى تتولد عن علاقة مبادلة ولم يكن يهم فيها التعادل بين الالتزامات فمن الجائز أن يكون المقابل شيئاً له قيمة إسمية أو رمزية لإعطاء العقد صفة عقد

---

(١) بل نجد لها تنظيما دقيقاً يثير الإعجاب وتعليل ذلك أن فكرة السبب تمت بصلة إلى السببية وهى فكرة فلسفية وقد تأثر فقهاء القانون العام بفلسفة أرسطو التى ظلت بعيدة عن الرومان والمهم أنه منذ البداية كان فقهاء القانون العام يربطون السبب بالإرادة الخاصة ويفرقون بين السبب القصدى والسبب الدافع ، وكان تطور الفكرة من القانون الفرنسى القديم إلى دوما تدرجاً مستمراً وكان للكنسيين فى ذلك دور هام « محمود أبو عافية — التصرف القانونى المجرد ص ٩٨ ، ٩٩ » .

المعاوضة وأن لا يكون للالتزام قيمة اقتصادية أو مقومة بالمال إذ كان يوجد الميل إلى وضع كل الروابط حتى ما لم يكن منها اقتصادياً فى صورة عقود (مثل عدم معاقبة بعض الارقاء) ، وكان البحث عن نية المتعاقدين مخالفاً لروح القانون الرومانى ومسؤولية الملتزم واحدة سواء فى عقود المعاوضات أو عقود التبرع .

وقد تناول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء . فريق الفقهاء الرومانيين[١] وفريق الفقهاء الكنسيين .

الفقهاء الرومانيون :

لم يسمح الفقهاء الرومانيون بالقوة الإلزامية للرضا وظل الاتفاق وحده غير ملزم إذ كان مبدأ الرضائية يخضع لقيود هامة حتى القرن السادس عشر . وظل الفقهاء الرومانيون متمسكين بالنصوص الرومانية وتقنين جوستنيان وتمسكوا بتقسيمات العقود الرومانية ولم يجمعوها تحت نظرية واحدة ورفضوا نظرية الشرط الضمنى التى قال بها الكنسيون[٢] ، ولكنهم استعملوا آثار التقابل بين الالتزامات وإن كانوا لم يسمحوا بالفسخ إلا فى العقود غير المسماة دون العقود المسماة ، ولم يعملوا آثار التقابل كلها وكانت كلمة سبب Cause لها عند الفقهاء الرومانيين معان متعددة تختلف بحسب العقود التى تتعلق بها ففى العقود العينية كان السبب هو الأداء الأصلى الذى يستخدم لانشاء العقد وهو

---

(١) ومن هؤلاء الشراح البارتوليون ، وقد أبرزوا الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ومع أن منطق الارتباط كان يقضى بحتمية الفسخ إلا أنهم لم يقولوا به « الوسيط للسنهورى — مصادر الالتزام ص ٤٢٦ » .

(٢) روجير هوان : التفرقة بين العقود التبادلية والمنفردة ص ٦٠ .

السبب Efficiente وفى التصرفات المجردة التى لم يذكر سببها بحث الفقهاء الرومانيون المسألة من باب الاجراءات فقرروا أن الاشتراط يجب أن يكون له سبب طبيعى Causa naturalis كأداء سابق أو معاصر أو لاحق ومشروع وعلى المدين أن يثبت عدم المشروعية أن وجدت[١] على أنه منذ القرن الثانى عشر أصبحت فكرة الترابط بين الالتزامات قانونية ومؤسسة على إرادة المتعاقدين المفترضة ورضاهم المزدوج بالشرط الضمنى sous entendue إذ لم يرض أحد الطرفين بالالتزام إلا تحت شرط تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه[٢] وهذا فى العقود التى تتولد فيها الالتزامات معاً فى وقت واحد .

على أن الشراح اللاحقين هم الذين حاولوا جزئياً مد فكرة التبادل بين الالتزامات فى محاولة لبناء نظرية للسبب مؤسسة على فكرة الغرض but وظلوا يتطلبون ذكر السبب فى صحف الدعاوى والمحررات المثبتة للالتزام وصرح بالد Balde بذلك لأن الاشتراط لا يتضمن بذاته السبب فيجب أن يشار إليه كما حاول الشراح اللاحقون إدخال فكرة السبب فى العقود الرضائية إلا أنهم رفضوا فكرة الفسخ لعدم التنفيذ طبقاً لنصوص القانون الرومانى وفتحوا الطريق بطريقة واضحة للسبب الغائى بمعنى الغرض المطلوب من المتعاقدين ولكن لم يكن أساس ذلك علاقة التبادل بين الالتزامات الناشئة عن العقد[٣] .

على أن مدرسة الشراح على المتون glossateurs كادت تفقد نظرية السبب أساسها الأخلاقى moral لتأخذ صفة إجرائية فقد تطلبوا السبب ليس لوجود

---

(١) المرجع السابق ص ٦٢ . (٢) المرجع السابق ص ٥٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٦١ ، ٦٢ .

الاشتراط ولكن فقط لاعطائه القوة التنفيذية ولم يكن يهم إلا عند القاضى ، وقد أرادوا بذلك سد الطريق على التصرف غير المسبب ولكنهم تعدوا ذلك الهدف وأضاعوه بتطلبهم إعلان السبب فى كل مرحلة من مراحل الدعوى والإشارة إليه فى صحيفتها الافتتاحية وفى المحررات وكان للقاضى أن يبحث عن السبب بقيد واحد هو ألا يكون ضد إرادة المدعى عليه[١] . وبالنسبة للتصرف غير المسبب فإنه فى عهد القانون الفرنسى القديم هجرت التفرقة التى حدثت فى عهد الإمبراطورية السفلى[٢] وأصبح المدين الذى يوقع سنداً مكتوباً ملزماً به[٣] إلا إذا أثبت العكس .

ورغم النقص وعدم الوحدة فى أقوال الشراح المحشين فنحن لا نستطيع إنكار تقدم النظرية فى كتاباتهم ولا الغض من شأن نظامهم الذى يحمى المدعى عليه من العمل القانونى بلا سبب . كما أنهم من ناحية أخرى احتفظوا للسبب بدوره فى العمل الرسمى L'ecrit probatoire[٤] وميّزوا كذلك بين السبب والباعث فسموا الأول بالسبب القريب والباعث بالسبب البعيد وبقيت فكرة السبب موضوعية لا نفسية وداخل العقد لا خارجه وواحدة فى النوع الواحد من العقود[٥] .

---

(١) بواجيزان — السبب ص ٦١، ٦٢ .

(٢) وهى التفرقة بين ما إذا كان السند قد ثبت به قبض المال أم لا وفى الحالة الأولى يكون عبء الاثبات فى مسألة السبب على المدين وفى الحالة الثانية على الدائن .

(٣) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ص ٧٦ .

(٤) بواجيزان — السبب ص ١٢٣ .

(٥) السنهورى — مصادر الالتزام ص ٤٢٦ .

الفقهاء الكنسيون :

أما الفقهاء الكنسيون فإنه ابتداء من القرن السادس عشر بدأ تأثير القانون الكنسي يظهر فى مجال الرضائية فى العقود غير أن ذلك التأثير كان يصطدم من ناحية بما جرى عليه العمل فى محاكم ذلك العهد ومن ناحية أخرى بفقه المدارس الرومانية التى كانت تدرس نصوص القانون الرومانى دراسة نظرية كما كان تأثير القانون الكنسى يصطدم بالعـــرف ، وقد ظهر تأثير القانون الكنسى واضحاً فى دائرة العقود المسماة كالبيع والإيجار وهى أكثرها شيوعاً وأشدها حاجة للتحرر من الشكل وتحت تأثير عامل الثقة أمكن اعتبار الوعد أو التعهد فى هذه العقود كالشيء فى العقد العينى وتشبيهه بالدين الذى ينشأ من الالتزام بالشيء وكان ذلك راجعاً إلى تأثير القانون الكنسى وإلى فقه بعض المدارس الرومانية التى كان لديها بعض العقود الرضائية فعلا ، ولكن لم يكن مبدأ الرضائية فى العقود قد استقر بصفة عامة . بمعنى أن الرضا وحده يكفى .

وقد لعبت فكرة السبب دوراً ثانوياً فى القانون الرومانى بسبب الشكلية ولكن جدد هذا الدور بواسطة الكنسيين الذين أعلنوا مبدأ الرضائية ومنذ القرن السادس عشر حاول الفقهاء تقييد الارادة بعد الاعتراف لها بدورها فى إنشاء العقد وذلك بالتفرقة بين السبب والباعث تلك التفرقة التى حددها دوما[1] . فالكنسيون هم الذين يرجع إليهم الفضل فى نظرية الرضائية فى العقد وهم الذين قرروا أنه إذا كان العقد مجرداً من كل شكل صحيحاً فإنه لا يمكن

---

(١) كولان وكابيتان ص ٦٥ .

أن نتصوره دون سبب نفسى[١] .

وهنا نجد أن السبب كفّ عن أن يختلط بالمصدر كما نجد أن الرضا وحده لم يعد يكفى بل يجب أن يكون الارتباط لسبب لنتيجته مقدّرة ومشروعة[٢] .

على أننا نجد أن الأساس عند الفقهاء الكنسيين كان أساساً أخلاقياً مع وجود أثر للقانون الرومانى عليهم . فالمطلوب هو تحقيق الأخلاق المسيحية ولم يطبقوا القانون الرومانى إلا حيث لا تمس تلك الأخلاق وهناك مسألتان شغلتا الفقهاء الكنسيين أولاهما الكفاح ضد التعهدات ذات الهدف غير المشروع وثانيتهما صحة التصرف الإرادى بمجرد الرضا .

فقد أجاز الكنسيون رجوع العاقد عن وعده إذا علم بالغرض غير المشروع للتصرف من المتعاقد الآخر لأن ذلك أهون من تنفيذ العقد من وجهة النظر الدينية على أن أبطال العقد بالسبب غير المشروع لا يحدث إلا بعد إجراءات وأدلة حاسمة[٣] . وأجاز الكنسيون كل أتفاق وإقرار يستند إلى سبب جدّى وشريف . كما قرروا أن كل متعاقد يستطيع أن يرفض تنفيذ التزامه إذا لم يقدّم الآخر التزامه فى الحال وإذا نفذ أحد الطرفين التزامهورفض الآخر بسوء نية تنفيذ التزامه فللطرف الأول التحلل من التزامه وهو الفسخ لعدم التنفيذ الخاطىء[٤] .

---

(١) بيدان دروس فى القانون المدنى ج ٨ ص ١٣٥ .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٣) بواجيزان ص ١٣٣ .

(٤) المرجع السابق ص ١٣٥ .

على أنَّ الكنسيين لم يعبِّروا تحت اسم السبب عن الآثار التى أسندوها إلى علاقة التبادل بين الالتزامات المتقابلة ، والفسخ كان مفهوماً على أنه تطبيق لقاعدة رومانية .

فقد كان الفسخ مؤسسا على الشرط الضمنى (١) ، وكان السبب مرتبطاً قليلا بفكرة الغرض الذى يقصده الواعد فكان مظهراً لنية الشخص الذى يلتزم un aspect de l'intention ولكن الكنسيين لم يضعوا أساس فكرة التقابل بين الالتزامات .

وقد بحث الكنسيون تحت فكرة السبب الوعد غير المسبب وما إذا كان يلزم أن يشار إلى السبب فى المحرر المثبت للالتزام فاستعملوا السبب لحل مسألة من مسائل الاثبات ـ كما استخدموا كلمة السبب لمحاولة تصحيح العقد المجرد وعارضوا بذلك الفقهاء الرومانيين الذين كانوا ينكرون قوة الرضا الالزامية ويلتزمون بالنصوص الرومانية (٢) .

ولذلك فقد أنكر البعض أن يكون الفقيه دوما هو الأب الروحى لنظرية السبب فقبل دوما جهدت الكنيسة وفقهاؤها فى جعل الاتفاق ملزماً ولو لم يكن هناك شكل كما عرفت أيضاً مسألة الربط بين الالتزامات الرئيسية فى العقود التبادلية فإن تنفيذ التزام منها كان يجد جزاءه فى تنفيذ الالتزام الآخر وهو الدفع الذى كان يطلق عليه L'exceptio non admpliti contractus وهذا المبدأ كان مستمداً من القانون القديم وليس من القانون الرومانى وقد

---

(١) وكان الرومانيون وعلى الأخص بارتول هم الذين ربطوا بين الفكرتين لا ماذكره كابيتان من أن كل نظرية السبب فى الالتزامات التبادلية توجد فى هذا المبدأ المقرر بالقانون الكنسى — المرجع السابق — روجير هوان ص ٥٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٤ .

أنشأ الكنسيون بذلك رابطة بين الالتزامات التى تنشأ من عقد تبادلى وفضلا عن ذلك فقد تكلم الشراح المحشون عن السبب العادل Justa causa مثل آزون (Azon) فى قوله La cause est le vetément qui transforme كما تكلم بارد Barde عن السبب الغائى فى قوله De meme que tout ce que nous faisons, nous le faisons en consideratien d'un fin. (١).

ونجد كذلك وسط قضاء القرن التاسع عشر فكرة الكنسيين عن السبب إذ أن مسألة السبب تتمشى منطقياً مع مبدأ الرضائية الذى توسع تحت تأثير عاملين أولهما تأثير القانون الكنسى باحترام الوعد وجعله مجرداً عن الشكل وثانيهما تطور القانون التجارى واتساع المعاملات . فنظرية السبب نشأت ونتجت فى القانون الفرنسى من إقرار مبدأ الرضائية وقد لاحظ أوبرى ورو Aubry et Rou أنه من الخطأ أن نسند السبب إلى تأثير رومانى ففى القانون الرومانى كانت الشكلية Journalisme وفى القانون الفرنسى كانت الرضائية Consensualisme [٢] على أنه من المسلم أن فكرة الربط بين السبب وبين التفرقة بين العقود التبادلية والمنفردة كانت سائدة فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى فيما يختص بالسبب [٢] .

نظرية السبب على يد دوما وبوتييه :

فى القرن السابع عشر بدأ الفقيه الفرنسى دوما عهداً جديداً فى فكرة السبب فقد أحاط الفكرة بوضوح وبنظرة شاملة وسجل ما وصل إليه مبدأ

---

(١) محاضرات جان بولانجيه Jean Boulanger أستاذ القانون المدنى بجامعة باريس لدبلوم القانون الخاص ٦٤ — ١٩٦٥ — غير مطبوعة نسخة معارة .

(٤) المرجع السابق (٣) روجير هوان ص ٢٦٨ .

سلطان الارادة فى عصره . فقد بحث السبب كعنصر فى العقد وميّز بين التصرفات بعوض والتبرعات وذهب إلى أنه فى العقود التى تتقابل فيها الالتزامات فإن التزام أحد الطرفين هو أساس التزام الطرف الآخر وفى التصرفات التى يظهر فيها أن أحد الطرفين فقط هو الذى يلتزم كالقرض فإن التزامه مسبوق دائماً بالتزام للطرف الآخر بما وجب أن يعطيه حتى يتكون العقد (إتمام الاتفاق) . أما فى الهبات أو العقود الأخرى التى يعطى فيها شخص واحد أو يقوم بعمل فإن التزامه له أساسه من الباعث المعقول والعادل كمعروف سبق للواهب أو مجرد الرغبة فى عمل الخير وهذا الباعث يحل محل السبب .

ونجد أن دوما لم يفرق إلا بين التصرف بعوض والتبرع فلم يفرّق بين التصرفات التبادلية والمنفردة ، كما أنه لم يتحدث عن الباعث المعقول والعادل والذى يحل محل السبب فى بعض العقود[١] . ويأخذ البعض على فقه دوما أنه لم يكن به تجديد ولا أصالة وأنه اكتفى بعرض بسيط لأفكاره دون الدفاع عنها لأظهار مبناها[٢] وجاء من بعد دوما بوتييه فقرر أن كل التزام يجب أن يكون له سبب مشروع ففى العقود التبادلية يكون سبب التزام أحد الطرفين هو ما يعطيه له الطرف الآخر أو مايلتزم بإعطائه له أو المخاطرة التى يتحملها[٣] وفى عقود التبرعات فإن روح المجاملة التى يريدها أحد الطرفين تجاه الآخر هى سبب كاف[٤] ونجد هنا أنه بوتييه وضّح أفكار دوما وجرّدها ، وفرق بين

---

(١) روجير هوان ص ٢٦٧ وقد أورد تقسيم دوما للعقود إلى أربع فئات مقابل من الجانبين ، وخدمة من الجانبين وخدمة فى جانب ومقابل فى الجانب الآخر ، وخدمة أو شىء من جانب واحد — جورلا ص ٢٥ .

(٢) بواجيزان فى السبب ص ١٤٧ — ١٤٨ .

(٣) بوتييه فى الالتزامات نبذة ٤٢ .

(٤) جورلا ص ٢٧ — ٢٨ ، ويبدو هنا أن السبب هو بمعناه الدقيق الذى أشار إليه دوما .

التصرفات التبادلية والمنفردة ، ومع ذلك فإن فقه بوتييه لم يتقدم عن القرون السابقة عليه فالذى جاء به نجد مثله فى كتابات من قبله .

وقد تأثر القانون الفرنسى عند وضعه بالصياغة التى أفرغ فيها دوما وبوتييه نظرية السبب وتطور الفكرة منذ القانون الرومانى حتى ماذكرنا . هو أساس نظرية السبب التقليدية والتى انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً من نشأتها التاريخية .

النظرية التقليدية فى السبب :

ذكرنا من قبل ما آلت إليه نظرية السبب على يد دوما وبوتييه ، وعند وضع تقنين نابليون انتقلت إليه نظرية السبب بالوضع الذى صاغه الفقهاء تقريباً وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية طوال القرن التاسع عشر ، ولم يبتعدوا فيما قرروه عن فقه دوما وبوتييه[١] .

وقد أورد تقنين نابليون المادة ١١٣١ « الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب أو كان مبنياً على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع » كما أورد المادة ١١٣٢ مدنى « الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه » والمادة ١١٣٣ « السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام » وإذا أردنا تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية فيجب أن نرجع إلى التمييز القديم الذى وصل إليه المحشون ، وهو التمييز بين السبب الانشائى والسبب القصدى والسبب الدافع .

---

(١) الوسيط السنهورى ج ١ ص ٤٧٦ .

فالسبب الانشائى Cause efficiente هو مصدر الالتزام وهو فى طبيعته واقعة أنشأت الالتزام ويجوز أن تكون العقد أو غيره ، وهذا المعنى يجب أن نستبعده لأن طبيعته تختلف عن السبب الذى نبحث عنه[1] .

أما السبب القصدى Cause fenale فهو ما يجب البحث عنه فى النظرية التقليدية ويطلق عليه الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من التزامه فهو أول نتيجة يصل إليها الملتزم .

وأما السبب الدافع Cause impulsive فهو الباعث للملتزم على أن يرتب فى ذمته الالتزام وهو أمر شخصى يختلف من شخص إلى آخر ، ومن عقد لغيره وتبدو صفة التغير والصفة الشخصية واضحة لأن طبيعة السبب الدافع نفسانية بحته .

والسبب يظهر فى القانون الفرنسى كشرط لصحة الالتزام التعاقدى وذلك من نص المادتين ١١٠٨ ، ١١٣١ ففى عقد البيع يشتمل العقد على اتفاقين رئيسيين الأول ينشىء لصالح المشترى التزام البائع بنقل الملكية والآخر ينشىء لصالح البائع التزام المشترى بدفع الثمن .

وتقرر النظرية التقليدية أنه فى العقود الملزمة للجانبين فإن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر ففى عقد البيع فإن غرض البائع المباشر

---

(١) ومع ذلك نجد الفقيه الفرنسى بلانيول يقول « إن من يدّعى أنه دائن عليه أن يظهر قيام الالتزام ولاثبات ذلك عليه أن يثبت الواقعة التى أنشأت الالتزام فإذا كان دائناً بعقد فعليه أن يثبت أى عقد ومتى عقد » ج ٢ بند ٤٢ — ١ ، وهذا هو السبب الإنشائى وهو ما تنص عليه صراحة المادة ٤٩٩ مدنى أرجنتينى بطريقة صريحة ، لا يجوز التزام دون سبب . بحث للأستاذ مورى فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ١٩٥١ ص ٤٨٩ .

هو التزام المشترى بدفع الثمن وغرض المشترى المباشر هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع . فالسبب إذاً فى العقود التبادلية هو المقابل الذى يطلبه الملتزم[١] . وهو كذلك المصلحة القانونية التى تحت نظر المتعاقدين والتى توجه إرادتهما[٢] وهذه المصلحة يجب أن تكون حقيقية وجدية ومشروعة وإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فإن كان عقداً عينياً كالعارية والرهن الحيازى والوديعة والقرض فإن السبب يكون تسلم الشيء فيلتزم المقترض برد القرض لأنه تسلمه[٣] . وإذا كان رضائياً كالوعد بالبيع فإن السبب يكون إتمام العقد النهائى وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

أما فى عقود التبرعات . فإن السبب هو نية التبرع ذاتها ولذلك لا يقبل السبب فى هذه الحالة الطعن عليه بالمادة ١١٣١ فرنسى . فالسبب هو الغرض المباشر الذى يريد المتعاقد الوصول إليه من التزامه والبواعث هى الأسباب السابقة التى تبرر السبب[٤] . والأول هو الذى يهم أمام القانون ، أما فى عقد الكفالة والوكالة فإن الوكيل أو الكفيل يلتزم ليس على سبيل التبرع ولكن لتقديم خدمة اقتصادية أو مالية مجاناً[٥] .

---

(١) ويقول Lapanouse فى اجتماع لجنة تعديل القانون المدنى الفرنسى « إن ضرورة سبب ما تأتى من ضرورة وجود مقابل فى كل عمل قانونى ليس على سبيل التبرع » . ويضيف لاموراندير فى نفس المقام أنه يرجع لفكرة الباعث فى التصرف القانونى بعوض الباعث الموجه هو المقابل « Contrepartie . بحث الأستاذ موری المشار إليه سابقاً ، وهو مصلحة المتعاقد فى العقد ج كربونييه جـ ٢ ص ٣٠٨ .

(٢) بيدان جـ ٨ ص ١٣٣ .

(٣) كابيتان نبذة ٢٨ .

(٤) كولان وكابيتان ص ٦٥ .

(٥) المرجع السابق .

وفى العقود الاحتمالية كعقد التأمين فإن سبب التزام المستأمن هو تأمين المؤمَّن له من الحوادث التى تقع على الشىء المؤمن عليه وسبب التزام المؤمِّن هو دفع الأقساط من المستأمن ، والسبب هنا يتضمن عنصراً احتمالياً إذ قد يقع الخطر المؤمن منه بعد دفع قسط واحد فقط وقد لا يقع مطلقاً بعد أن تدفع جميع الأقساط غير أن الطرفين رضيا بالمضاربة فالسبب فى الواقع هو التنفيذ الاحتمالى لالتزام المؤمن[1] .

شروط السبب فى النظرية التقليدية :

يشترط فى السبب بحسب نصوص القانون الفرنسى ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون موجوداً ، ومن الغريب أن يطلق على وجود الشىء صفة الشرط فيه ذلك أنه إذا لم يوجد السبب انتفى الداعى لبحث ما يشترط فيه غير أن ذلك هو ما يفيده نص القانون[2] .

وإذا بحثنا عن السبب غير الموجود والذى يعلم المتعاقدان أنه غير موجود ويكونان على بينة من أمره لاستطعنا أن نجد مثاله فى حالة سند المديونية والذى يقصد به المجاملة للحصول على ائتمان من الغير فلا يصح المطالبة بقيمة السند[3]

---

(١) عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ١٥٠ — عبد المنعم الصدة ص ٢٢٣ — ج كربونييه جـ ٢ ص ٣٧١ .

(٢) وقد تنبه إلى ذلك مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى إذ جاءت المادة ٦٧ منه والتى تنص على السبب التقليدى « الالتزام الذى لا سبب له أو الذى له سبب وهمى يكون باطلا » .

(٣) فى نفس المعنى حكم محكمة النقض المصرية ١٩٦٠/١/٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ٣١ .

وكذلك إذا كان المدين مكرها على توقيع سند الدين من الدائن فإن ذلك السند يكون باطلا لانعدام السبب وليس قابلا للابطال للإكراه ، وكذلك حينما يوقع المدين سنداً بالدين ثم لا يتسلم القرض ، وكذلك إذا كان السبب ذا طبيعة احتمالية وانعدم هذا الاحتمال تماماً وكان المتعاقدان على بينة من ذلك الانعدام .

وثانيها : يشترط فى السبب أن يكون صحيحاً وترجع عدم صحة السبب إلى أمرين فإما أن يكون موهوماً أو مغلوطاً ، أو يكون صورياً[1] .

وقد أشارت المادة ١١٣١ فرنسى إلى الأمرين تحت عبارة Cause fausse فالسبب المغلوط هو الذى يظنه المتعاقدان قائماً وهو غير موجود والغلط فيه هو غلط فى واقعة[2] والسبب الصورى هو الذى يعلنه الطرفان وهما يعلمان بعدم وجوده لإخفاء السبب الحقيقى[3] .

والسبب الموهوم يؤدى إلى بطلان العقد لانعدام السبب . أما السبب الصورى فإن الصورية ليست سبباً للبطلان فى ذاتها ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى فكل ما يترتب عليها هو قلب عبء الإثبات[4] .

والشرط الثالث : أن يكون السبب مشروعاً ، وقد صرحت المادة ١١٣٣

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ ص ٤٨١ .

(٢) بيدان ج ١ ص ١٥٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٤) لم نشأ أن نكثر من الأمثلة لوضوح الفكرة وقد أوردت موسوعة دالوز فى القانون المدنى ج١ سنة ١٩٥١ أمثلة عديدة تحت كلمة سبب ص٥٢٤ من رقم ٨٨ — ٩٣ .

بأن السبب يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . كما لو كان الشيء الذى تعهد به الملتزم غير مشروع أو خارجاً عن التعامل أو لا يسمح القانون بالتصرف فيه كالجسد الإنسانى . فقد أبطلت المحاكم اتفاقاً عقده طبيب وسيدة عجوز تعهدت بمقتضاه مقابل مبلغ من المال بقبول تجارب جديدة للطبيب لاعادة الشباب[١] وكذلك الاتفاق الذى وعد أحد الأشخاص بمقتضاه المستأجر بمبلغ من المال ليخلى له مسكنه وذلك لأن القانون الصادر أول أبريل سنة ١٩٢٦ فى المادة الرابعة عشرة منه « والمعدل فى ٣٠/٥/١٩٤٣ » يعاقب بعقوبة الجنحة المستأجر أو شاغل العقار الذى يطلب من المستأجر الجديد أو المؤجر مقابلا لترك المكان المؤجر[٢] .

وشرعية السبب تتعلق بوجوب مطابقة العقود للقانون ويكون السبب هنا بمعنى الباعث الدافع وهو خلاف الغرض الأساسى وهو السبب المجرد[٣] .

ويجب ألا يكون هناك خلط بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع خصوصاً عندما يكون سبب البطلان هو الإخلال بالنظام العام فالبطلان فى حالة المحل غير المشروع يكون لسبب داخل العقد وفى الحالة الأخرى يكون لسبب خارج العقد[٤] .

---

(١) محكمة ليون ٢٧/٦/١٩١٣ المرجع السابق ص ٥٢٧ رقم ١١٨ .
(٢) والأحكام عديدة فى حالة الإيجار لأغراض منافية للآداب ، ولم نشأ الأطناب فيها .
(٣) ج كربونييه — القانون المدنى جـ ٢ ص ٣٧٣ .
(٤) ج كربونييه — المرجع السابق ص ٣٧٤ .

نقد النظرية التقليدية :

واجهت النظرية التقليدية انتقادات عديدة من ناحيتين أولاهما أنكرت كل فائدة للنظرية ورأت الاستغناء عنها ، وثانيتهما : أبقت على النظرية وبحثت فى تطويرها واكتشاف دورها الذى تقوم به وتحديد هذا الدور ، ونتناول الناحية الأولى بإيجاز لصفتها التاريخية . فقد بدأ الفقهاء فى القرن التاسع عشر نقد نظرية السبب واتجهوا إلى أن السبب فى النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً فهو يختلط بالمحل فى العقود الملزمة للجانبين ويختلط بالرضا فى عقد التبرع فضرورة وجود السبب تختلط بضرورة وجود الرضا أو المحل كما أن السبب يكوّن وظيفة مزدوجة مع المحل فى العقد العينى[1] .

ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا النظرية الفقيه الفرنسى بلانيول فقد أورد أن النظرية غير صحيحة لأننا إذا قلنا أن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر فإننا نقع فى استحالة منطقية لأن السبب يسبق المسبب مع أن كلا من الالتزامين نشأ فى وقت واحد من مصدر واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر ، وفى العقد العينى فإننا إذا قلنا أن السبب هو تسلم الشىء فإن ذلك يخلط بين السبب والمصدر الذى أنشأ الالتزام وهو التسليم وهنا يختلط السبب والمصدر ويصبحان شيئاً واحداً ، وأما فى عقود التبرع فإن القول بأن سبب الهبة مثلا هو نية التبرع يكون لغواً لأنه إذا انعدمت نية التبرع انعدم العقد ذاته فالسبب هنا يختلط بالرضا[2] .

---

(١) بيدان ج ٨ ص ١٤٠ .

(٢) فكرة السبب فى التبرعات — هامل — ص ١١٦ — ١١٧ .

غير أن ذلك النقد قد واجهه الفقيه الفرنسي كابيتان فذهب إلى أنه لا يصح القول بأن السبب في النظرية يجعل الشيء الواحد سبباً ومسبباً إلا إذا فهمنا السبب بمعنى السبب الإنشائي ولكن السبب هنا بمعنى السبب القصدى أى الغرض المباشر الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه فإذا كان الأمر كذلك فإن المنطق لا يأبى أن يكون أحدهما سبباً للآخر[1] . كما أن السبب ليس هو الالتزام المقابل فحسب بل هو تنفيذ هذا الالتزام[2] .

وإذا كان يؤخذ على النظرية أن السبب فى العقد العينى يختلط بالمحل فإن عقود القرض والعارية ورهن الحيازة ، وهى عقود عينية فى القانون الفرنسى . تعتبر فى الواقع عقوداً رضائية فالتسليم فيها وهو السبب ليس حتما السبب المنشىء للالتزام بل هو الغرض الذى يسعى إليه المقترض أو الراهن أو المستعير أما الوديعة فيسلم كابيتان بأنها بطبيعتها عقد عينى ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر وأن السبب فيها هو رغبة المودَع عنده فى إسداء جميل للمودِع بحفظ الشىء لديه ، وأما إن كانت الوديعة بأجر جرى عليها ما يجرى على العقد الملزم للجانبين .

ورد كابيتان على اختلاط السبب فى التبرعات — بالرضا — بأن نية التبرع يمكن أن تنحلل إلى عنصرين أولهما يختلط بالرضا ، وهو رغبة المتبرع فى أن يلتزم . وثانيهما أن يكون التزامه تبرعاً وهو لا يختلط بالرضا أما إذا كان التبرع بشرط للمتبرع فإن السبب هنا يكون هو الشرط الذى دفعه

---

(١) ويوافق على ذلك الرد عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ١٣٦ وعبد المنعم الصدة فى مصادر الالتزام ص ٢٠٨ .

(٢) وهو تحوير جوهرى فى النظرية التقليدية .

التبرع وكذلك السبب فى الوصية فإن الباعث الذى دفع الموصى هو الذى يعتد به وكذلك إذا أدرج الباعث فى العقد فإنه يكون السبب ، وهنا يقع الخلط بين السبب والباعث كما فى الفرضين السابقين[1] .

وظيفة السبب والنظرية التقليدية :

على أن ثراء نظرية السبب التقليدية يظهر فى الأبحاث التى تهدف إلى تحديد دورها فى العقد ذلك أن الوظيفة التى يؤديها السبب هى ما يهم عند النظر إليه .

فالالتزام هو افتقار للمدين وتبريره يمكن أن يبحث داخل الحقل الاقتصادى فسبب الالتزام كما يقول جودمان هو القيمة الاقتصادية فهو اقتصادى وموضوعى بصفة جوهرية فهو La raison détre economique de cette obligation وقد أخذ بذلك لويس لوكاس فى رسالته الارادة والسبب[2] وإذا كان السبب فى العقود التبادلية هو المقابل الذى يطلبه الملتزم فإننا نجد فى تحديد هذا المقابل وجهتى نظر أحداهما تهتم بالكم والأخرى بالكيف (quantitatif et qualitatif) فبحسب وجهة النظر الأولى فإن المتعاقدين هما اللذان يقرران ما إذا كان يوجد تعادل فى الالتزامات أم لا والقاعدة العامة أن التعادل الشخصى يكفى والغبن ليس إلا استثناء على هذه القاعدة وكذلك الاستغلال[3] .

---

(١) السبب — كابيتان ص ٢٤٤ .

(٢) بحث للاستاذ مورى — منشور فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ٥١ ص ٤٨٠

(٣) المرجع السابق ص ٤٩٥ — وتحديد المقابل فى الفقه الإسلامى مسألة قانونية ذلك أنه لا يترك للمتعاقدين إلا فى الحدود التى رسمها الشارع بمنع الربا والغرر والشرط الفاسد وبعض العقود المنهى عنها .

واختلاف وظائف السبب هو الذى يظهر لنا التفرقة بين معنيين أو فكرتين لكلمة السبب سبب الالتزام الذى يبرر قيامه وهو فى المعاوضات التعادل المطلوب equivalent voulu وفى التبرعــــات الباعث الرئيسى (mobile principale) . وسبب العقد هو غاية العمل القانونى وهو الذى يسمح لنا بتقدير قيمته وشرعيته . وهذا هو ما اختارته لجنة تعديل القانون المدنى الفرنسى وواضعوا القانون المدنى الإيطالى فالمهم هو الوظيفة المزدوجة للسبب.

غير أنه أمام النصوص التى تتكلم عن سبب واحد للالتزام فإن السبب يكون هو الباعث وهو سبب وجود الالتزام الذى ينتجه العقد . إلا أنه الباعث الذى يقيم له القانون وزناً إذ أنه العنصر المبرر للالتزام ومن بين البواعث التى يبحثها القاضى وتدخل فى دائرة البحث يوجد المهم والأقل أهمية بحسب ما يتعلق بالحماية الفردية أو الاجتماعية وتكون الفكرة والأساس واحداً[١] .

فإذا كان السبب هنا هو الباعث فهو من ناحية أخرى المبرر للالتزام ، ولكن نلاحظ أنه بالنسبة لوظيفة الحماية الاجتماعية La protection sociale فإن الباعث إذا كان شخصياً ومتغيراً وخارج العقد فإنه يمكن أن يقوم بهذا الدور بينما لا يستطيع أن يقوم بدور الحماية الفردية individuelle إذا كان شخصياً ومتغيراً وخارج العقد وذلك أننا فى مجال تحديد المقابل لابد أن نتجه إلى معيار موضوعى داخل العقــد حتى نستطيع أن نحقق الحماية الفردية عن طريق السبب .

---

(١) وهاتان الوظيفتان للسبب واللتان جد القانون السويسرى فى تأكيدهما بطريقة واضحة يمكن أن نتوصل إليهما بطرق مختلفة من الصياغة — المرجع السابق ص ٥٠٢ .

وفكرة السبب تختلف عن الوظيفة التى يؤديها هذا العنصر من عناصر العقد فإذا كانت هذه الفكرة نسبية أو خاصة relatif لأنها فكرة فنية فإن وظائفها عامة وتدخل فى موضوع القانون ـ وهى وظائف دائمة تتضمن الحماية العادلة لمن يلتزم بإرادته بحمايته من الإرادات غير المشروعة وغير الأخلاقية ـ ذلك أن تبرير الالتزام هو تأكيد للعدل وفى هذه الفكرة وهى أساسية نجد عنصر وحدة السبب فى المجال التعاقدى وخارجه[1] .

والرغبة فى توحيد السبب ـ فى نظرنا ـ راجعة إلى أن القانون الفرنسى جعل المشروعية شرطاً من شروط السبب الذى يتطلبه قيام الالتزام مع أن المشروعية تتعلق بوظيفة الحماية الاجتماعية على خلاف الحماية الفردية التى يكفى فيها السبب التقليدى ، فإذا اقتصرنا على السبب التقليدى وهو متصل بالإرادة حتما لما أنه المقابل المطلوب من المتعاقد ، لوجدنا أن هذا الاتصال يبدو ضعيفاً فهو اتصال مفترض وهو الذى يقيم له القانون وزنا لأنه حدده بطريقة واضحة ووضع له معياراً موضوعياً وجعله داخل العقد ، بينما اتصال الباعث بالإرادة إذا اتخذنا الباعث سبباً هو اتصال الجزء بالكل لأنه ليس هناك إرادة تتجه إلى التصرف القانونى إلا وتدفعها بواعث معينة ، ولا يمكن أن تفترض هذه البواعث أو تحدد بطريقة موضوعية ومع ذلك فإن هذه البواعث بطبيعتها هذه هى التى يجب النظر إليها عند أداء السبب لوظيفته التى تتعلق بالحماية الاجتماعية كذلك نجد من ناحية أخرى أنه فى عقود التبرعات فإنه لا يبقى

---

(١) المرجع السابق ـ ذلك أن تكوين عقد تبادلى لا يتصور إلا بنشأة التزامات متقابلة ومتبادلة بحيث أنه لو لم ينشأ أحد الالتزامين فإن الآخر كنتيجة لا ينشأ ـ أنظر تمبال Timbal ـ السبب ص ٢١٦ .

أمامنا إلا هذه البواعث لأن الوظيفة الوحيدة التى يمكن أن يؤديها السبب فى هذا المجال هى الحماية الاجتماعية لأن الحماية الفردية لا تتطلب فى هذا المجال ما دام المتعاقد لا تتجه إرادته إلى الحصول على التزام مقابل(١) .

وفكرة السبب التقليدية تصلح وسيلة لتقسيم العقود ، فالسبب هو العنصر الذى يسمح بتقسيم العمل القانونى Cataloguer معاوضة أو تبرعا ، وما إذا كان العقد احتماليا aléatoire أو محدداً Commutatif(٢) .

القضاء الفرنسى والسبب :

والواقع أن النشاط الفقهى فى بحث نظرية السبب لم يجد اهتماما يماثله فى القضاء فقد كان هناك انفصال بين القضاء والفقه فيما يتعلق بمشكلة السبب

---

(١) وبعض الفقهاء يرى أن السير وراء سلسلة البواعث يقود إلى الشخصية المطلقة والتحكم ومع ذلك فإن الإرادة لها السيادة فى مجال التبرعات ولهذا فإن المادة ٢/٦٢٤ من القانون الإيطالى الجديد تبطل الوصية إذا حدث غلط فى الباعث إذا كان هـذا الباعث موجهاً للموصى — وفى مجال الهبات والوصايا فإن فكرة السبب لا تكاد تتغير إذا تعدينا بحث قيامه إلى بحث مشروعيته فالسبب فى التبرعات هو الباعث الموجه وهو الذى يبرر التزام المتبرع (بحث الأستاذ مورى المشار إليه سابقاً ص ٥٠٠) والواقع أننا نبحث فى الحالين عنصراً متصلا بالإرادة بطبيعته غير أنه اتصال مفترض ومحدد وداخل العقد فى الحالة الأولى واتصال متغير وشخصى فى الحالة الثانية — وقارن محمود أبو عافية فى التصرف المجرد ص ١٠١ فهو يقرر أن فكرة السبب مرتبطة نظرياً بالإرادة الخاصة وحين يراد تعيين السبب لا يبحث عنه فى الإرادة الواقعية .

(٢) وبعض الفقهاء كروجيرو يصر على هـذا الوجه من المسألة — المرجع السابق ص ٤٩٠ كما أن بعضهم يرى أن السبب هو معيار Criterium التفرقة بين العقود التبادلية والمنفردة فهو معيار للالتزامات التى تستخدم كأساس لقيام عقد تبادلى فيصبح السبب صفة فى العقد التبادلى روجيه هوان — التفرقة بين العقود التبادلية والمنفردة ص٢٦٩ فليس السبب شرطاً لصحة عند تكوين العقد ولكنه فكرة أوسع من ذلك بكثير ذات آثار أوسع وتستمر طيلة العقد — المرجع السابق ص ٢٧١ .

حتى سنة ١٨٦٠ لم يكن القضاء الفرنسى يهتم بمعرفة ما إذا كان يلزم للالتزام سبب أم لا فالمشكلة لم تكن قائمة فى القضاء الفرنسى غير أن الحاكم كان لديها فكرة معينة عن السبب[١] Une certaine conception de la cause .

وفى سنة ١٩٢٢ كانت المنازعات الدائرة فى الفقه حول موضوع السبب ليس لها أثر واضح فى القضاء وليس من الممكن أن نبحث داخل الأحكام التى كان يصدرها القضاء الفرنسى بصـــدد مشكلة السبب عن إجابة محددة فهى تتعرض فى العديد من الأحكام إلى الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب بدافع من حماية النظام العام وكتطبيق لذلك أبطلت الحاكم الاتفاقات المتعلقة بالرقيق واتفاقات الآباء الخاصة بتزويج أبنائهم لما فى ذلك من مساس بحرية الزواج ولم تتردد الحاكم فى إبطال الاتفاقات غير الخلقية وغير المشروعة[٢] .

فالقضاء الفرنسى فى تطبيقه للنظرية كان يعنى بالوظيفة التى يؤديها السبب وهذه الوظيفة لا تخرج كما سبق أن ذكرنا عن الحماية الفردية والحماية الاجتماعية وقد استقر ذلك التطبيق فى أحكام القضاء الفرنسى قديما وفى الأحكام الحديثة منه إذ تناولت هذه الأحكام فى جملتها السبب كوسيلة للحماية الفردية ووسيلة للحماية الاجتماعية .

فقد أبطل القضاء الفرنسى العقد الذى يتم بين وارث وبين شخص تعهد له با كتشاف الوراثة وعناصر التركة لعدم وجود سبب للالتزام إذا كانت الوراثة

---

(١) فى مذكرات جان بولانجيه السالف الإشارة إليها .

(٢) المرجع السابق .

وعناصر التركة معروفة ، ويمكن أن يصل إليها الوارث دون تدخل هذا الشخص[1] généalogiste .

وقد قضت محكمة النقض برفض الطعن الذى قدم لها عن حكم محكمة الاستئناف الذى أبطل الاتفاق[2] ، وهذا هو السبب التقليدى فى حالة تخلفه ، وقد قرر القضاء الفرنسى أنه فى العقود والاتفاقات التى بحسب طبيعتها يتطلب الالتزام فيها إلتزاماً آخر مقابلا يبطل الاتفاق أو العقد إذا لم يكن الالتزام الآخر موجوداً وذلك بسبب تخلف السبب جزئيا أو كليا ويكون جزاء ذلك البطلان أو حتى تخفيض الالتزامات ، وفى نفس المعنى تتفق نظرية السبب فى الأثر مع نظرية الغبن وتسمح بإعمالها خارج الحدود التى حددها المشرع للغبن غير أنه إذا كان العقد صحيحا فإن القاضى لا يملك أن يخفض الالتزام المقابل الذى اشترط فى العقد[3] ، كما أبطل القضاء الفرنسى الإقرار بدين إذا كان صوريا يقصد به غش الخزانة العامة من جانب المقر[4] ، وجعل السبب فى الاتفاقات التى تتم بين ملاك متعددين على حقوق ارتفاق متبادلة هو إرادة كل من المتعاقدين الحصول على مميزات لعقاره مقابل القيود التى قبلها على عقاره هو[5] .

---

(١) أشخاص لهم مكاتب ويقومون ببعض الأعمال القانونية فى فرنسا دون أن يكونوا من المحامين .

(٢) أحكام المبادىء فى القضاء المدنى الطبعة الرابعة سنة ٦٤ ص ٢٠١ — ومشار إلى الحكم والتعليق والحكم صادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٣٥ — وهذا الحكم يلفت النظر إلى الطابع المادى للالتزام Son elément materiel .

(٣) التعليق على الحكم المشار إليه سابقاً — المرجع السابق ص ٢٠٣ — وقارن ج كربونييه جـ ٢ ص ٣٩٨ .

(٤) محكمة بو Pau ١٨/١٠/١٩٥٠ المنشور بموسوعة داللوز سنة ١٩٦٦ تحت سبب رقم ٨٨ ص ٨٢ .

(٥) وهو ما أخذ به القضاء المصرى فى نفس الحالة كما نشير فيما بعد .

على أن عدم قيام السبب يختلف عن حالة السبب الصورى وعن حالة السبب المغلوط وهذان ليسا بذاتهما سببين للبطلان ، وفى حالة ما يستطيع المدين إثبات عدم وجود السبب فإن الدائن لا يستطيع فى حالة انعدامه ، أن يحتج بالمادة ١١٣٢ فرنسى لإثبات قيام سبب آخر حقيقى ومشروع[١] ، والاعتراف بدين يكون صحيحا ولو كان سببه المذكور فيه كقرض غير مشروع صوريا كما لو تبين أن السبب الحقيقى هو دفع ثمن بضائع استلمها المتعهد[٢] . وهذا السبب مشروع ومن ناحية أخرى فقد أبطل القضاء الفرنسى الكثير من العقود عن طريق فكرة النظام العام وحسن الآداب فليس من اللازم أن يكون العقد أو الاتفاق مخالفاً لقانون معين بل يكفى أن يكون مخالفاً لفكرة النظام العام أو الآداب حسبما تراها المحاكم مستهدية فى ذلك بالقواعد السامية فى مجتمع معين .

فلا تكون الاتفاقات التى تتضمن قيداً على حرية الزواج صحيحة طبقا للمادة ١١٣١ مدنى فرنسى ويكون اتفاق العمل الذى ينص على منع المضيفة الجوية من الزواج باطلا فى خصوص شرط المنع من الزواج لمساسه بحق الزواج المتصل بالنظام العام[٣] وكذلك إيجار محل إذا اتفق المتعاقدان بعد العقد على استغلال المحل المؤجر فى أغراض منافية للآداب ، ولقاضى الموضوع أن يبحث بمطلق الحرية ما إذا كان العقد يمثل سببا غير مشروع ، ولا يستطيع الشخص الذى يشترك فى مشروع من هذا القبيل أن يحتج بالعقد[٤] .

---

(١) محكمة انجرز Angers ١٩ / ١ / ١٩٦٢ — دالوز سنة ١٩٦٦ — سيبرقم ٠٩٢
(٢) محكمة باريس ١٩٥٣/١١/٢٦ — المرجع السابق رقم ٨٨ .
(٣) محكمة باريس ١٩٦٣/٤/٣٠ — المرجع السابق رقم ١١٦ .
(٤) نقض فرنسى ٤ / ١٢ / ١٩٥٦ — المرجع السابق رقم ١٢١ — ونلاحظ أن المحكمة أبطلت العقد مع أن المتعاقدين اتفقا بعد العقد على الغرض غير المشروع .

كما أبطل القضاء الفرنسي الاتفاقات التي يقصد منها إنشاء علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة أو استبقائها ، أما إذا كان الاتفاق أو التبرع لا يستهدف إنشاء هذه العلاقة أو استبقائها بل على العكس تنفيذا لالتزام يقع على ضمير المتبرع لضمان مستقبل سيدة صغيرة السن وهبت أحسن أيام حياتها للمتبرع الذى تركها فإن ذلك التبرع يكون صحيحا[1] والالتزام بالانفاق على الابن الطبيعى التزام صحيح وليس سببه الأبوة فى الواقع ولكن اعتقاد هذه الأبوة من جانب المتبرع [4] والتزام الشخص بتعويض الزوج الذى وجده منفرداً مع زوجته ليلا يكون ذا سبب مشروع إذا لم يكن الالتزام الوارد به قد حصل عليه الزوج بالإكراه[2] وكذلك يصح اتفاق الشخص الذى يلتزم بمقتضاه بالانفاق على أخيه الطبيعى لأن ذلك من الواجبات المفروضة بمقتضى الأمانة Honnêteté وهى التزامات طبيعية تكوّن التزمات مدنية سببها قائم إذا تضمنها اتفاق[3] .

ويلاحظ أن المحاكم لاتتردد فى إبطال الاتفاقات التى تخالف النظام العام أو حسن الإداب بقدر ما تتردد أحياناً فى إبطالها لانعدام السبب (بالمعنى التقليدى وبغض النظر عن شرط المشروعية) ذلك أن وظيفة السبب كوسيلة للحماية الاجتماعية أيسر وأكثر بساطة من وظيفته كوسيلة للحماية الفردية لأننا نجد فى الحالة الأولى أمامنا معياراً واضحاً تستلهمه المحاكم من القانون أو القواعد السائدة فى مجتمع معين ولا يشكّل فى ذاته خطراً على حرية التعاقد أو على سلطان الارادة إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام أو الآداب ، أما فى

---

(١) نقض فرنسى ١٩٥٩/١٠/١٦ — المنشور بالمرجع المشار إليه سابقاً رقم ١٦٥

(٢) محكمة كولمار ١٩٥٨/١/٩ — المرجع السابق .

(٣) القانون المدنى مع التعليق Code civil annoté ص ١٠٤ رقم ٥٠ .

(٤) المرجع السابق ص ١٠٣٢ — ومعرفة ما إذا كان السبب ممنوعاً أم لا هى مسألة قانون ص ١٠٣٧ .

الحالة الثانية فإن الحماية الفردية التي يكون السبب وسيلة إليها قد تتعارض مع سلطان الارادة ومع حرية التعاقد كما أنها تتصل بالتقابل والتعادل بين الالتزامات وهي مسألة لانجد فيها معياراً محدداً واضحاً ذلك أن التقابل الذي يلتزم المتعاقد بسببه يجب أن يكون جدّياً وحقيقياً[1] وقد طبق القضاء ذلك على حالة السبب غير الحقيقي putative والسبب التافه dérisoire كما يطبقه في مسألة تخلف السبب واختفائه بعد تكوين العقد[2] .

التصرف المجرد ونعرض بإيجاز لفكرة التصرف المجرد ذلك أن النظرية التقليدية للسبب هي التي قد تستجيب لهذه الفكرة[3]، أما السبب بمعنى الباعث الدافع فلا يتصور أن يكون التصرف مجرداً منه .

وإذا نحن تمعنا في تاريخ السبب نجد أنه قد مر بأربعة مراحل مختلفة : الأولى كان التصرف فيها مجردا إذ كانت الشكلية في العقود ضرورية كما كانت كافية للالتزام وذلك قبل أن تتدخل فكرة السبب وفي المرحلة الثانية كان السبب يصحح فيها مغالاة الشكلية وما تؤدي إليه من نتائج غير عادلة دون أن يكفي السبب بمفرده لتكوين الالتزام فكانت الشكلية والسبب ضروريين وفي المرحلة الثالثة نجد أن السبب وحده أصبح كافياً وصارت الشكلية غير ضرورية .

---

(١) والأصل أن المتعاقد يصل إلى التعادل بارادته وقد حمت الدولة المتعاقد الذي يقع فريسة الغبن وهو بمعناه الفني الضرر المالي الذي يحدث لأحد الطرفين أو عدم المساواة في القيمة بين ما قدم وما أخذ — وليس هو الذي يقع على ناقص الأهلية ج . كربونييه في القانون المدني ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٢) بيدان ج ٨ ص ١٤٤ — ١٤٦ .

(٣) مع قيام الخلاف على وجود التصرف المجرد في القوانين اللاتينية التي تأخذ بالإرادة الباطنة كالقانون الفرنسي والمصري . واعتبار المسألة مجرد مشكلة من مشاكل الإثبات .

أما المرحلة الرابعة وبعد تقرير حرية التعاقد أصبح السبب ضروريا لملافاة الاضرار الناشئة عن حرية الارادة إذا أطلقت فى المجال التعاقدى[1] .

وفى المرحلة الأولى كان التصرف مجردا وفى المرحلتين الثانية والثالثة لم يكن بد من السبب . أما فى المرحلة الرابعة وفيها يكون السبب ضروريا فإننا نتساءل هل يتصور أن يكون التصرف مجردا من سببه ؟

والتصرفات المجردة نوع من التصرفات وضعت له قاعدة فى القوانين الجرمانية إلى جانب التصرفات المدنية والتى يعتبر السبب فيها ركنا يجب أن يتصف بالصحة والمشروعية ، والتصرفات المجردة فى هذه القوانين لا يعتد فيها بالسبب أو عيوب الارادة[2] .

وقد رأينا أن المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى تجعل الالتزام صحيحا ولو لم يذكر سببه . كما رأينا أنه فى القانون الرومانى كانت السندات وسيلة إثبات ضد المدين ولكن كان عليه الإثبات حينما يدّعى أن الدين بلا سبب ، وفى عهد الامبراطور كراكلا وضعت قاعدة لمصلحة المدين فجعل الإثبات على الدائن إذا دفع المدين طلبه بالدفع Exceptio non numeratex pecuniax ثم فى عهد جوستنيان حدثت تفرقة بين ما إذا كان السند مثبتا فيه قبض المال أم لا وفى

---

(١) بوا جيزان فى السبب ص ١١٦ .

(٢) الوسيط فى مصادر الالتزام للسنهورى ص ٥٠٨ جـ ١ — والتصرفات المجردة طائفة عقود انتقال الملكية والحق العينى بوجه عام وطائفة من العقود المنشئة للالتزامات ينص عليها فى حالات معينة بذاتها كالتعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين — وقد رأى الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته التصرف المجرد أنه هو التصرف الذى يسلم بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة — ورأى أنه نظام استثنائى سواء فى القانون الألمانى أو الفرنسى ص ٢٩٠ — ويوافق ذلك كابيتان فى السبب بند ١٧٤ .

الحالة الأولى يكون عبء الإثبات على المدين وفى الحالة الثانية على الدائن[1] ، ثم هجرت هذه التفرقة فى عهد القانون الفرنسى القديم وأصبح المدين الذى يوقع سندا مكتوبا ملزما به إلا إذا أثبت العكس.

وفى ظل المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى فإن المسألة محل نزاع فالبعض يرى أنه يجب على الدائن أن يثبت قيام سبب الالتزام فى التصرف ويستطيع ذلك بالقرائن والشهود (لأن السند يعتبر عندئذ مبدأ ثبوت بالكتابة) . كما يرى البعض الآخر التفرقة بين ما إذا كانت عبارات السند تتضمن اعترافا بالدين Je reconnais devoir أو وعدا بالدفع Je promais ففى الحالة الأولى يكون عبء الإثبات على المدين وفى الحالة الثانية يكون على الدائن ، وهى تفرقة منتقدة فى الفقه الفرنسى والرأى السائد أن المادة ١١٣٢ مدنى فرنسى تلقى عبء الإثبات على المدين[2] .

وتكون المسألة بذلك من مسائل الإثبات ، وبذلك لا يتعارض التصرف المجرد مع نظرية السبب التقليدية .

النظرية الحديثة فى السبب :

ولاشك أن النظرية التقليدية فى السبب قد انتقلت إلى القانون الفرنسى وهى تحمل أثرا من الصياغة الرومانية ، وقد بدأ الفقيه الفرنسى كابيتان عند ما رد على النقد الذى وجه إليها الخلط بين السبب والباعث فى بعض الفروض

---

(١) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ص ٧٦ .

(٢) المرجع السابق .

التى تناولها . ثم كان تطور النظرية والاتجاه إلى توحيد السبب داعيا إلى ذلك الخلط . كما كانت حاجة القضاء إلى إبطال التصرفات والعقود التى تخالف النظام العام أو الآداب هى التى دعت إلى كسر الحواجز بين السبب والباعث حتى يستطيع القضاء الاستجابة للضرورات العملية التى تعرض له[1] .

إذ أن عيب النظرية التقليدية الجوهرى يتركز فى أنها لا تعتد بالباعث على التصرف أو سبب العقد وإنما توجه اهتمامها لسبب الالتزام مما يقصر فى بعض الأحيان عن ملاحقة تصرفات تقتضى الحماية الاجتماعية إبطالها .

ولذلك فإن السبب فى النظرية الحديثة ، ويرجع الفضل فيها إلى القضاء هو الباعث الدافع للملتزم على الالتزام ، ذلك أن الارادة وقد أصبحت قادرة على الالتزام وإنشاء العلاقات القانونية التى تريدها فإن هذه الارادة يجب ألا يحركها باعث لا يتفق مع القانون أو الأخلاق ، فالسبب هنا يصبح قيداً على الارادة المتعاقدة ووسيلة لتلافى الأخطار الناشئة من حرية الارادة[2] ، وفى الوقت نفسه فإننا نستطيع أن نستغنى عن النظرية التقليدية للسبب . بفكرة الارتباط بين الالتزامين فى العقود التبادلية وهى أدق من الناحية الفنية وتسمح لنا بتطبيق جزاء البطلان على انقطاع الارتباط عند تكوين العقد والفسخ على انقطاعه بعد تكوين العقد ، وبالقول بأنه إذا كان السبب فى العقد العينى هو التسليم فإن العقد لا يقوم بدونه وبذلك نستغنى عن القول بعدم وجود السبب . بالقول بعدم

---

(١) الوسيط للسنهورى ط سنة ٥٢ جـ ١ ص ٤٥٦ ، ومحمود أبو عافية فى التصرف المجرد ص ١١٠ — ١١١ عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام ص ٢٦١، ٢٦٢ .

(٢) بواجيزان فى السبب ص ١١٦ .

وجود العقد نفسه . كما أن نية التبرع التى تعتبر سببا للتبرعات لا تعنى شيئا بذاتها والرضا يتضمن حتمانية التبرع فانعدامها يعنى انعدام الرضا .

كما يمكن أن نستغنى عن شرط الصحة فى السبب بنظارية المحل ، ونستطيع أن نستغنى عن شرط المشروعية بأن الالتزام الذى يرتبط بالتزام غير مشروع أو مستحيل يكون باطلا[1] .

فإذا انتهينا إلى القول بفساد النظرية التقليدية ، وإلى الأخذ بالباعث كسبب للالتزام وجب علينا أن نحـدد أى باعث يكون سببا للالتزام وكيف ينضبط هذا الباعث وكيف نحاسب كلا من طرفى العقد على الباعث غير المشروع .

ما هو الباعث

أما السبب فهو الباعث الدافع الموجه mobile impulsif et determinant فالبواعث التى تدفع إلى العمل القانونى كثيرة ومتنوعة ، وتحليل الظواهر الإرادية يكشف لنا أن البواعث تـكـوّن سلسلة لا تنتهى فيجب أن نقطع هذه السلسلة عند نطاق معين وأحسن طريقة لاختيار هذا النطاق هو الجمع بين النظرة الموضوعية والنظرة الشخصية وذلك باعتبار العناصر الموضوعية والبحث عن النوايا ففى النظرية الحديثة ليس السبب إلا باعثا وباعثا موجِّها[2] والسبب الدافع هو السبب سواء فى عقود المعاوضات أو التبرعات وإذا كان بعض

---

(١) راجع الوسيط للسنهورى جـ ١ ص ٤٩٢ — ٤٩٥ ط ١٩٦٦ وقد فصل القول فى ذلك ولم نر حاجة للاطناب فيه .

(٢) بحث الأستاذ مورى فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ١٩٥١ ص ٤٩٣ ، ص ٥٠٢ .

الفقهاء يرى أن السير وراء سلسلة البواعث يقود إلى الشخصية المطلقة والتحكم فإن الإرادة لها السيادة فى مجال التبرعات ولا تكاد فكرة السبب تتغير إذا تعدّينا بحث قيامه إلى بحث مشروعيته فالسبب فى التبرعات هو الباعث الموجه وهو الذى يبرر التزام المتبرع .

وفى سبيل فكرة واحدة فإن سبب الالتزام هو الباعث وهو سبب وجود الالتزام الذى ينتجه العقد وهو الباعث الذى يقيم له القانون حسابا .

وقد بقى السبب عند القضاء هو الباعث الموجه سواء فى عقود التبرعات أو المعاوضات فإذا كان الباعث الموجه غير مشروع أو غير أخلاقى فإن العقد يبطل(١) .

على أن الباعث الموجه لا يثير مشكلة فى التفرقة بين النظرية التقليدية ونظرية القضاء ففى حالات استثنائية يكون السبب هو الباعث المشترك المشار إليه فى المظهر المشترك لإرادة المتعاقدين(٢) ، وقد درج القضاء فى فرنسا على أن إثبات الباعث غير المشروع يكون من العمل نفسه فى بياناته أو يستنتج منه(٣) .

فالباعث الذى يعتبر سببا فى العقد هو الباعث الدافع الموجه وهو الذى يجب الوقوف عنده ، ويراه البعض مجرد وسيلة احتياطية تعمل فى حالة عدم مشروعيته(٤) .

---

(١) بيدان جـ ١ ص ١٤٣ .

(٢) جوسران البواعث فى التصرفات فقرة ١٥٩ .

(٣) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ص ٧٣ واستبعد عبال Timbal كل أثر للبواعث فى التصرف وعاب على القضاء محاولته التى تهدف إلى إدخال الأفكار الأخلاقية للقضاة فى القانون مع أن المشرع لا القاضى هو الذى يوفق بين القانون والأخلاق ، عامل السبب فى التبرعات ص ١١٦ — ١١٧ .

(٤) عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ١٦١ .

كيف ينضبط الباعث :

إن إرادة الشخص الذى يلتزم قد تمر بعدة مراحل فالإنسان حتى يتعاقد بإرادته قد يمر بأدوار معينة من حيث البواعث التى تدفعه إلى التعاقد حتى يتم العقد ، والتفرقة بين البواعث تدق لأن طبيعة البواعث نفسانية محضة ومن الصعب أن نضع تحديداً لكل مرحلة منها أو أن نضع تعريفاً لباعث معين يعتبر وحده موجهاً ودافعاً دون غيره من البواعث التى تعتمل فى نفس المتعاقد حتى ينتهى به الأمر إلى التعاقد .

وقد قسّم الفقيه الفرنسى جوسران البواعث إلى ثلاث فئات أولها الباعث الداخلى mobile intrinsèque (ويسميه أحياناً الباعث القصدى والسبب المباشر) وهذا الباعث عنده جزء من النية ويكون معاصراً لتكوين العقد . وهناك الباعث الذى يتعلق بالماضى ويسبق التعاقد ويحرك الشخص الذى يقدم على التعاقد وهو باعث بسيط simple motif .

وأخيراً الباعث الذى يتعلق بالمستقبل ويكشف عن الغرض الذى ينتظر من العمل القانونى mobile - but ، وهو السبب الغائى .

وهذا السبب الأخير هو الذى يعتد به جوسران ويشترط فيه الصحة والمشروعية[1] .

---

(١) جوسران فى البواعث فى الأعمال القانونية بند ٢٦ ، ونلاحظ مع ذلك صعوبة التفرقة بين الطوائف التى عددها ، وهناك تقسيم آخر قال به الإمام الغزالى فى أحياء علوم الدين فقرر أمرين أن كل عمل اختيارى لا يخلو من باعث (وهو ما يقرره علماء القانون) وأن البواعث قد تتعدد فى العمل الواحد وكل منهما كاف القدرة ، وقد قسم الإمام الغزالى =

العلم بالباعث غير المشروع :

ومشكلة البحث عن البواعث وعن نيـة المتعاقد فى بحث السبب غير الأخلاقى فى العقد الملزم للجانبين تؤدى إلى صعوبة أخرى فهل البواعث جزء من السبب أم هى مستقلة عنه ، وهل يجب أن تلعب البواعث دوراً قانونياً ، ولا يثور ذلك فى الحالة التى يكون فيها الباعث غير الأخلاقى منصوصاً عليه فى العقد لأنه إذ ذاك يعتبر داخلا فى العقد والخطأ فيه يمكن أن يؤدى إلى البطلان[1] والباعث الذى يعتبر غير مشروع ويؤدى إلى البطلان يجب أن يكون باعثاً موجهاً determinant[2] . فهذا هو الباعث الذى يعتد بمشروعيته أو بعدم مشروعيته ، وقاضى الموضوع له الحرية فى تقرير الباعث الموجه أو الدافع وليس كل باعث موجه يعتبر سبباً حتى ولو كان غير مشروع . إلا إذا كان مشتركا commun aux deux partis . أو موجهاً لأحدهما ومعلوماً من الآخر وبمقتضى الأحكام يتبين أن المحاكم تقيم قضاءها فى خصوص البطلان على النية المشتركة أو على علم أحد الطرفين بالباعث الموجه للآخر[3] ، ولم يتطلب القضاء

= العمل الإرادى (الاختيارى) إلى ثلاثة مراحل علم ، وإرادة ، وقدرة وجعل النية (وهى الارادة عنده) تتوسط العلم والقدرة فاذا حصل العلم انبعثت الارادة وإذا انبعثت الارادة انتهضت القدرة فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث وهو القصد — إحياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ٣١٢ — وسوف نعرض ذلك فيما بعد عند بحث الجزاء على النية غير المشروعة للعاقد فى الفقه الإسلامى — وهذا الجزاء لا يتوقف على مجرد النية فحسب بل على مايؤدى إليه العقد غالباً بحسب معيار موضوعى .

(١) روجير دورا — السبب غير الأخلاقى — رسالة ص ٦٠ — ٦١ .

(٢) ريبيروبولانجيه ج ٢ نبذة ٣١٨ .

(٣) موسوعة داللوز فى القانون المدنى سنة ١٩٥١ ص ٥٣١ رقم ١٥٤ والأحكام المشار إليها تحت رقم ١٥٥ .

أن يكون الباعث الموجه إذا كان غير مشروع ظاهراً فى العقد بل يكفى علم العاقد الآخر به .

والبطلان الذى يلحق العقد فى حالة السبب غير المشروع هو بطلان للمصلحة العامة ولا يتلقى الطرف الآخر حتى ولو لم يكن يعلم بالغرض غير المشروع حماية ما، وذلك أن هذه الحماية تفترض استبعاد البطلان كجزاء، وهو مقرر للمصلحة العامة ، ويلحق العقد كله وليس التزام أحد أطرافه فحسب[١] .

وفى عقود التبرعات فإن الباعث الموجه غير المشروع هو الذى يعتد به فى إبطال العقد ، ويلاحظ أن مسألة السبب لا تكاد تتغير عند بحثها فى عقود التبرع إذا تعدينا بحث وجود السبب إلى بحث مشروعيته ، وفى الهبات والتبرعات يكون لارادة المتبرع السيادة والباعث الذى يوجهه هو الذى يبحث عنه القاضى ، ومن ناحية أخرى فإن من يتلقى التبرع لم تمس ذمته الأصلية بشىء ينقص منها إذا ما أبطل التبرع للباعث غير المشروع .

على أن المشكلة التى يجب حلها فى تطبيق النظرية الحديثة وهى نظرية القضاء تطبيقاً سليما هى مشكلة تحديد مسئولية كل من الطرفين عند إبطال العقد للباعث غير المشروع ونحن نستبعد حالة اتفاق الطرفين على الباعث غير المشروع فتلك حالة تستوجب بطلان العقد ومؤاخذة العاقدين بهذا الإبطال وإنما يثور البحث فى حالة الباعث غير المشروع الذى يوجه أحد الطرفين ، وموقف العاقد الآخر منه .

---

(١) وفى الفقه الإسلامى فان العقد الفاسد « يجب رفعه » من القاضى من تلقاء نفسه أو بناء على طلب العاقدين أو أحدهما — ومسألة حماية الطرف الآخر لا تثور إذا آذى العقد مقاصد الشارع وسنعود إلى ذلك تفصيلا فيما بعد .

فالفقيه الفرنسي كابيتان[1] يرى أن يكون الطرفان على اتفاق بالنسبة للباعث غير المشروع بمعنى أن العمل الملوث يكون مقصودا من الطرفين ، وهذا الرأى يضيق من حالات الإبطال للباعث غير المشروع إذ أن هذا الباعث لا يثبت ولا يشار إليه فى العقد وهو العملية التى تجمع العاقدين ويكون من الصعوبة بمكان بعد ذلك أن تثبت أتفاقهما على الباعث غير المشروع .

ويفرق جوسران[2] بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات ففى عقود المعاوضات يبحث القاضى عن بواعث الطرفين التى وجهتهما إلى إنشاء العملية القانونية والتى تكون قصدا مشتركا لهما ، وفى التبرعات تكون السيادة لارادة المتبرع فهو الذى ينشىء العقد والعبرة بالباعث الذى يوجهه هو ، ويلاحظ هنا أن المسألة ليست تطبيق معيار للاتفاق أو العلم وإنما هى تفرقة مبناها دور المتبرع الظاهر فى إنشاء العقد وأن المتلقى لا تفتقر ذمته إذا أبطل التبرع .

أما فى تطبيقات القضاء فيكتفى بأن يعلم الطرف الآخر فى العقد بالباعث غير المشروع الذى يوجه الطرف الأول أو يكتفى بأنه كان يستطيع العلم بهذا الباعث[3] .

---

(١) كابيتان فى السبب فقره ١١٢ .

(٢) البواعث فى الأعمال القانونية نبذة ١٥٩ .

(٣) ويفرق بواجيزان بين عقود المعاوضة والتبرع ففى الأولى يجب أن يسهم كل من الطرفين فى الباعث غير المشروع . أما فى التبرعات فيكفى علم الطرف الآخر (المتلقى) .

(٣) بواجيزان — السبب ص ٥٧٤ ومابعدها .

الفصل الثانى

السبب فى القانون المصرى

فى القانون القديم :

وصلت النظرية التقليدية فى السبب كما بسطناها فى الفصل السابق إلى القانون المصرى عند وضع المجموعة المدنية المصرية سنة ١٨٨٣ وصيغت النصوص المتعلقة بالسبب فى نص واحد هو المادة ٩٤ من القانون المصرى القديم « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » . وهذا النص معيب وتفضله النصوص الفرنسية التى نقل منها وبذلك فقد كان يشترط فى السبب فى القانون القديم أن يكون موجوداً وصحيحاً وجائزاً وقد كان الفقه فى ظل القانون المصرى القديم يجرى فى تفسير المادة ٩٤ من القانون على ما تؤدى إليه النصوص الفرنسية المتعلقة بالسبب وهى المصدر الذى نقلت عنه المادة ٩٤ مدنى[1] . كما كانت أحكام القضاء تفرق بين السبب وبين الباعث فتجعل الأول مؤثراً فى قيام الالتزام وصحته وتنفى تأثير الباعث على العقد وكانت بعض الأحكام تصرح بهذه التفرقة أخذاً بالتفرقة القائمة فى النظرية التقليدية فى الفقه الفرنسى بين سبب الالتزام وبين الباعث الذى لا يؤثر على وجود الالتزام فقضى بأن سبب استحقاق البائع

---

(١) أصول التعهدات — محمد صالح ص ٢٩٥ وما بعدها ، مقال لعبدالحميد رشدى - مجلة المحاماة السنة ١٠ ص ٦٤٣ .

الثمن هو استلام المشترى للمبيع[١] . كما قضى بأنه يجب التمييز بين الغرض الذى يرغب المتعاقد فى الوصول إليه وهو السبب وبين الباعث على العقد وهو غير مقصود مباشرة بالتعاقد[٢] وقضت محكمة النقض بأن السبب فى عقد القرض هو دفع الدائن مبلغ القرض إلى المدين[٣] . كما قضت بأن إعطاء شخص ما يزيد على نصيبه فى القسمة بلا سبب يكون باطلا لأنه ليس له سبب مشروع[٤] والسبب الذى تعنيه هذه الأحكام هو السبب بالمعنى التقليدى والذى يعنى الالتزام المقابل أو تنفيذه ولا صلة له بالباعث على العقد والذى وصفه أحد الأحكام بأنه غير مقصود مباشرة بالتعاقد . فالسبب إذا هو الغرض المباشر المقصود بالتعاقد وهو بهذه الصفة موضوعى يتغير بحسب نوع العقد فحسب وهو داخل فى العقد ولا يصح الخلط بينه وبين الباعث على العقد وهو أمر ذاتى . إذ لا يعتد بالباعث وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لايصح الخلط بينهما[٥] .

على أن بعض الأحكام لم تذهب إلى التفرقة السابقة ، واتجهت إلى اعتبار الباعث على العقد حتى قبل صدور القانون المدنى . فقضى ببطلان الاتفاق على العدول عن أقوال أبديت فى تحقيق معين نظير مبلغ من المال لأن ذلك يؤدى إلى شهادة الزور[٦] . وكذلك بطلان الاتفاق على تحمل غرامة جنائية يحكم

---

(١) استئناف الاسكندرية ٨/٦ سنة ١٩٤٩ — المحاماة السنة ٢٩ ص ٦٢٠ .

(٢) استئناف بجلسة ٢٣/٥/٥٣ المجموعة الرسمية بالجدول العشرى رقم ٣ ص ٧١ .

(٣) نقض ٣/١١/١٩٣٢ — المحاماة — السنة ١٣ ص ٣٨٧ .

(٤) نقض ١١/١/٤٥ مجموعة محمود عمر جـ ٥١٧ .

(٥) استئناف مصر ٢٦/١١/٢٩ — المحاماة السنة ١٠ ص ٢٩٠ .

(٦) محكمة كفر الشيخ الجزئية ٢/٦/٢٧ — المحاماة السنة ٨ ص ٨١ .

بها بسبب البيع بأكثر من التسعيرة[١] . ويلاحظ فى هذه الحالة أن محل الالتزام وهو العدول عن أقوال أبديت فى التحقيق غير مشروع ويمكن أن يبطل الالتزام بسبب عدم مشروعية محله ، وفى الحالة الثانية كذلك لأن محل الاتفاق هو عقوبة الغرامة ولذلك فإنه بالنسبة للباعث غير المشروع فلا يظهر هنا طبيعة الباعث بمعناه فى النظرية الحديثة للسبب . لأن الباعث هو غاية يريد الملتزم الوصول إليها ويتخذ العقد وسيلة إلى ذلك . كما لو حررت أم سنداً لابنتها وكان القصد منه التحايل على قواعد الأرث بحرمان من عدا الأبنة من نصيبهم الشرعى[٢] .

على أنه إلى جانب ذلك فإن بعض الفقهاء قد أخذ بالنظرية الحديثة فى السبب أو نظرية القضاء قبل صدور التقنين المدنى . باعتبار أنها تحقق حماية أكثر ضد الغايات والبواعث غير المشروعة وبسبب إمكان الاستغناء عن النظرية التقليدية[٣] . وقد كان خصوم النظرية التقليدية فى فرنسا ومصر يقولون بذلك اعتماداً على إمكان الاستغناء عن النظرية . بفكرة المحل غير المشروع أو انعدام الرضا إذا كان الأمر بصدد تبرع من التبرعات .

واتجاه القضاء إلى اعتبار الباعث على التعاقد أمر تحتمه الضرورة إزاء الحاجات العملية التى تعرض له والتى لا يمكن الاكتفاء فى مواجهتها بالصياغة الفنية لنظرية السبب التقليدية والتى تضيق إلى حد كبير من مجال الحماية

---

(١) محكمة السنطة الجزئية ١٩١٩/٢/١١ — المجموعة الرسمية السنة ٢٠ ص ١٢٤ .

(٢) نقض ١٩٤٩/٤/١٤ — مجموعة محمود عمر ج ٥ ص ٧٥٢ .

(٣) محمد كامل مرسى فى الالتزامات ص ٤٧٠ ، السنهورى نظرية العقد فقرة ٥٤٥ — ٥٤٨ .

الاجتماعية ضد البواعث والغايات غير المشروعة والتي يبدو فيها العقد إذا استكمل بناءه الفني مجرد وسيلة للوصول إلى ما يحرمه القانون .

السبب في التقنين المدني المصري :

وعند وضع مشروع القانون المدني المصري عرض واضعوا المشروع لنظرية السبب وقد كشف واضعوا المشروع عن رأيهم في الانحياز إلى جانب النظرية الحديثة التي تعتد بالباعث الدافع وتجعله سبباً للالتزام ، واستبعدت المذكرة الايضاحية للقانون أن تأخذ بما أخذت به بعض التشريعات من التفرقة بين سبب العقد وسبب الالتزام على غرار ما فعله القانون اللبناني مما يعني ازدواج السبب ، ورأى واضعوا المشروع أن السبب كما يصوره القضاء الفرنسي والقضاء المصري بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق القانون المدني عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية وهي بعد نزعة يشتد طغيانها في بعض الأحيان[1] . وأنه لا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات .

وبذلك فقد أوضحت الأعمال التحضيرية للقانون أن المشرع قد نبذ النظرية التقليدية في السبب وجاوزها إلى النظرية الحديثة أو نظرية القضاء .

وقد جرى نص المادة ١٣٦ من القانون المدني بأنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

ولم يصرح القانون بالمقصود من السبب ، وتقطع المذكرة الإيضاحية

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٢٠ .

القانون كما ذكرنا باعتناق النظرية الحديثة ، ويؤكد الأستاذ السنهورى أن القانون يعتنق بلاشك النظرية الحديثة[1] على أن النظر المجرد إلى المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ مدنى لا يؤيد ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون ولا يساند ما ذهب إليه البعض من أن السبب المقصود فى القانون هو السبب بمعناه فى النظرية الحديثة وهو الباعث الدافع .

فإن صياغة المادة ١٣٦ فى صدرها « إذا لم يكن للالتزام سبب » تجعلها أقرب إلى التعبير عن السبب فى النظرية التقليدية لأنه لا يتصور أن ينعدم سبب الالتزام بمعنى الباعث فى تصرف من شخص مميز والذى يرد عليه الانعدام هو السبب فى النظرية التقليديه بمعنى الالتزام المقابل أو تنفيذه ، وإذا كان السبب فى رأى واضعى القانون متلازما مع الارادة فقد كان أولى بالنسبة إلى العقد بدلا من نسبته إلى الالتزام ، وقد انتقد الأستاذ السنهورى صياغة المادة ١٣٦ من هذه الناحية وفضل عليها نص المادة ١٣٦ من القانون الليبى والذى جرى بأنه « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا »[2] .

وإذا كان السبب كما أوردت المذكرة الايضاحية للقانون . هو الباعث الدافع إلى التعاقد فإن صفات السبب تكون هى الذاتية والتغير ، وأنه عنصر خارج عن العقد .

---

(١) الوسيط فى مصادر الالتزام ص ٥١٤ .

(٢) وانتقد هذه الصياغة أيضاً مختار القاضى فى نظرية السبب ص ٧٦ — وأنور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ص ٢٧٠ — وسليمان مرقس فى الموجز فى أصول الالتزامات ص ١٥٣ ، ١٥٤ — ووافق محمد كامل مرسى على النقد الموجه لصياغة المادة ١٣٦ ولكنه يقول بأن القانون المدنى الجديد أخذ بالنظرية الحديثة كما يذهب الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ج ١ ص ٤٧٠ — وعبد المنعم الصدة مصادر الالتزام ص ٢٦٧ — يرى عكس الرأى السابق .

أما الذاتية فإن السبب بمعنى الباعث الدافع يتغير بحسب كل عاقد لأن البواعث أمر نفسى بحيث لا تتطابق عند الأشخاص ، والتغير معناه أن الباعث يختلف فى كل عقد عن الآخر سواء اتفق نوع العقد أم اختلف ، وإذا كان الباعث على التعاقد هو السبب . متى كان باعثاً دافعاً . فإنه يكون أمراً خارج العقد ولا يدخل فى بنائه ، وهذه الصفات هى عكس صفات السبب التقليدى والذى يدخل فى بناء العقد ويتفق فى النوع الواحـــد من العقود ويتصف بالموضوعية .

ويقول الأستاذ السنهورى أن كل ما يقال فى النظرية الحديثة فى السبب (وقد تعرضنا لها تفصيلا فى الفصل السابق) يقال فى السبب فى القانون المصرى[1] .

على أننا إزاء نص المـادتين ١٣٦ ، ١٣٧ من القانون المـدنى وأولاها تتصدرها عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » وهو ما لا يتصور إلا فى حالة السبب القصدى أو السبب التقليدى لأن الباعث لا يتصور تخلفه فى أى تصرف إلا إذا كان تصرفاً من غير مميز ، والمـادة ١٣٧ مدنى وهى أيضاً تشير إلى ذكر السبب فى النظرية التقليدية لا نستطيع أن نعتمد على ما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون للقول بأن القانون المدنى الجديد قد اعتمد النظرية الحديثة للسبب فى تصوره للسبب فى القانون المصرى .

ولا يبقى إلا أن يكون السبب المقصود فى المادة ١٣٦ مدنى . كما يقول أحد الفقهاء هو السبب القصدى بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية ،

---

(١) الوسيط للسنهورى ص ٥١٥ .

والذى يكون الأصل فيه أنه يحجب البواعث النفسية إلا إذا كان أحد هذه البواعث . رئيسياً ودافعاً إلى التعاقد وحينئذ يبرز هـــذا الباعث إذا كان غير مشروع ومعلوماً للطرف الآخر ويقع فى نطاق العقد .

وهذا أيضا مؤدى النظرية التقليدية فى السبب والتى يظهر أن المشرع المصرى أخذ بها فى القانون المدنى الجديد خلافاً لمــا تقول به المذكرة الايضاحية[١] .

غير أن الرأى السابق يعود بنا إلى القول الذى أسلفناه فيما تقدم وهو أن القانون المدنى المصرى لم يأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . إذا كان يأخذ بالسبب القصدى أو السبب القريب ، ولا يؤدى الباعث الدافع دوره إلا إذا كان غير مشروع ومعلوماً من الطرف الآخر وحينئذ يبرز هذا الباعث ويقع فى نطاق العقد . لأن هذا القول لا تنفيه النظرية التقليدية فى السبب . فعندما يدخل الباعث فى نطاق العقد وعندما يكون التصرف منفرداً كالوصية يكون الباعث غير المشروع هو السبب وهذا ما يقرره كابيتان الفقيه الفرنسى الذى يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية[٢] ، وقد قرر القضاء فى أحد أحكامه فى ظل القانون الملغى التفرقة بين السبب والباعث ولكنه رفع الباعث إلى مرتبة السبب فى حالة ما إذا كان الباعث غير مشروع وكان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث فيعتبر فى هذه الحالة أمراً داخلا فى العقد[٣] .

والسبب المقصود فى المــادة ١٣٦ مدنى هو بالمعنى المقصود فى النظرية التقليدية لأنه لا عيب فى فكرة إزدواج السبب كما يقول أحد الفقهاء والتفرقة

---

(١) سليمان مرقس — الموجز فى أصول الالتزامات ص ١٥٤ .

(٢) الوسيط للسنهورى ص٤٩١ — والهامش رقم ١ .

(٣) محكمة الزقازيق ٢٠/٢/١٩٣٠ — المحاماة السنة ١١ ص ٧٢ .

بين سبب العقد وسبب الالتزام كما فعل القانون اللبنانى ، ولأنه عند تعارض النصوص مع المذكرة الايضاحية للقانون فإنه يجب تغليب النص على ما ورد فى المذكرة الايضاحية التى أعلنت نبذ النظرية التقليدية فى السبب[١] .

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يمكن الاستغناء عن السبب بالمعنى التقليدى لأن النظرية الحديثة فى السبب لا تحل محل النظرية التقليدية وإنما تكملها لأن الصياغة الفنية تحتم بقاء السبب بالمعنى التقليدى باعتباره قيداً على الارادة حل محل الشكل[٢] .

وهذا الرأى ينظر إلى الوظيفة المزدوجة للسبب . كما أن البعض يرى النظر إلى وظيفتى السبب أولا بل أنه يعطى للسبب مسميات تدل على وظيفته فالسبب الفنى وهو لازم من ناحية الصياغة الفنية والسبب المصلحى وهو لازم للحماية الاجتماعية[٣] .

كما أن البعض يشترط فى السبب الذى تناولته المادة ١٣٦ مدنى نفس الشروط التى يتطلبها السبب التقليدى ويصرح بأن كل ما ورد عن نظرية السبب التقليدية فى سبب الالتزام وعن سبب العقد فى النظرية الحديثة ينطبق على القانون المدنى المصرى[٤] . وهو عكس ما تقرره المذكرة الايضاحية للقانون المدنى .

---

(١) أنور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ص ٢٧٠، ٢٧١ .
(٢) حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ص ٢٣٦ .
(٣) عبد الحى حجازى النظرية العامة ص ٢٣٧ .
(٤) عبد المنعم الصدة مصادر الالتزام ص٢٦٧ راجع أيضا الدكتور عبد المنعم البدراوى — النظرية العامة للالتزامات ط بيروت سنة ٦٦ ص ٢٤١ .

القضاء والسبب :

وإذا كان غالب الفقه فى مصر لا يوافق على ما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون المدنى صراحة من أن القانون قد نبذ النظرية التقليدية فى السبب ، ولا يتمشى كذلك مع رأى واضع مشروع القانون والذى يرفض حتى مجرد استبقاء النظرية التقليدية فى السبب إلى جانب النظرية الحديثة لتكملها . فإن أحكام القضاء أيضاً لم تكف عن الاعتراف بالسبب القصدى أو السبب بالمعنى التقليدى ويستوى ذلك فى القانون القديم وفى القانون المدنى الجديد .

فقد قضت محكمة النقض بأن السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقوداً إلى المقترض ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل . فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد[1] . كما قضت بأنه لا معقب على محكمة الموضوع . إذا هى قضت ببطلان الالتزام لعدم وجود سبب له ، وكانت الواقعة هى حصول أحد المقتسمين فى عقد قسمة على نصيب زائد عما تخوله إياه القسمة[2] — بلا سبب — وأبطلت محكمة النقض حكما لمحكمة الموضوع لأنها قصرت فى الرد على الدفع المبدى من الطاعن بعدم وجود سبب للدين[3] ، والسبب الذى دُفع بعدم وجوده هنا كان هو الالتزام المقابل .

وفى ظل القانون المدنى الجديد قضت المحكمة بأن كل التزام لم يذكر له

---

(١) نقض بجلسة ١٩٣٢/١١/٣ — ويلاحظ أن المحكمة جعلت السبب هو الواقعة القانونية التى أنشأت الالتزام — والحكم منشور بمجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ربع قرن — جـ ٢ ص ٨٣٧ .

(٢) نقض بجلسة ١٩٤٥/١/١١ — المرجع السابق ص ٨٣٨ رقم ٤٣ .

(٣) نقض بجلسة ١٩٤٢/٥/٢٨ — المرجع السابق ص٨٣٨ رقم ٤٢ .

سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ويلاحظ أن السبب هنا أيضاً هو السبب بالمعنى الذى تقرره النظرية التقليدية[١] . كما قررت محكمة النقض صراحة أن سبب التزام مالك كل قطعة أرض باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها لمصلحة القطع الأخرى هو التزام ملاك هـذه القطع باحترام حقوق الارتفاق المتبادلة[٢] والسبب هنا بلا شك هو الالتزام المقابل .

وأما السبب بمعنى الباعث الدافع على التصرف . فإنه إذا كان غـير مشروع فإن الالتزام يبطل ومن ذلك التصرف الذى يكون الدافع إليه التحايل الممنوع على أحكام الأرث المتعلقة بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً . كاعتبار شخص وارثاً والزيادة فى الحصص والنقص فيها والتعامل فى التركات المستقبلة ، وذلك أن الاتفاق هنا يكون مخالفاً للنظام العام ، ويعد تحايلا على قواعد الأرث فيقع باطلا بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً فى الاتفاق[٣] .

ويلاحظ أن المحكمة العليا لم تصرح فى أحكامها عندما يكون الباعث الدافع على التصرف غير مشروع أنه السبب بل يتقرر بطلان التصرف لمخالفته قواعد النظام العام مثلا . مع أن المحكمة تصرح فى بعض أحكامها بأن السبب هو الالتزام المقابل . كما فى سبب التزام مالك قطعة أرض باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها ، وكما فى أبطال عقد القسمة الذى ينال بمقتضاه أحد

(١) نقض بجلسة ١٩٥٤/٤/٨ — المرجع السابق رقم ٣٩ .

(٢) نقض بجلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٣٨ ومثاله ١٩٦٧/١٠/٤ — المرجع السابق — السنة ١٨ ص ١٦٦٨ .

(٣) نقض بجلسة ١٩٦٧/١١/٢١ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٧٣٦ ومثاله بجلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ — المرجع السابق ص ١١٣٥ .

المقتسمين نصيباً زائداً عن حقه بلاسبب[1] .

والواقع أن القانون المدنى المصرى لم يقطع فى المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ مدنى باعتناقه النظرية الحديثة فى السبب أو نظرية القضاء بل إن صياغة النصين كما سبق ذكرة تساعد على القول بخلاف ذلك وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون إلى أن جانباً من الفقه كان قد انحاز إلى نظرية القضاء حتى قبل صدور القانون المدنى وأن أحكام القضاء قد تعدت السبب التقليدى إلى السبب الباعث . غير أن فى هذا القول تجاوزا للواقع لأن المسألة ليست هى اعتداد جانب من الفقه أو القضاء بالباعث الدافع إلى التعاقد فذلك أمر مسلم حتى فى النظرية التقليدية للسبب والتى يشترط فيها أن يكون السبب مشروعاً ، ولأن الاعتداد بالباعث الدافع هو فى المقام الأول مستمد من وظيفة السبب ودوره فى الحماية الاجتماعية ، ولكن المسألة فى نظرنا . وكما بسطها الأستاذ الدكتور السنهورى نفسه فى الوسيط هى هل يمكن الاستغناء عن النظرية التقليدية فى السبب ؟

النظرية التقليدية والقانون المدنى المصرى :

والإجابة على السؤال السابق هى بلا شك بالنفى إذ لا يمكن فى ظل نص المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ مدنى أن نطرح النظرية التقليدية من القانون المصرى

---

(١) وقد عبرت محكمة النقض فى حكم لها عن السبب بلفظ الغرض فقررت بأنه « لا يلزم أن يكون الغرض من التعاقد واردا فى العقد بل للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى وما تعارف عليه الناس » وهذا الغرض هو الأداء المقابل الذى يجب على الطرف الآخر فى العقد كما هو واضح من ظروف الدعوى — نقض بجلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤ المنشور بمجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٨٣٧ .

لمجرد أن المذكرة الايضاحية للقانون قد اعتنقت مذهباً فى السبب ذكرته صراحة . ففى المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ وأولاهما تسند السبب إلى الالتزام وثانيتهما تشير إلى السبب المذكور فى العقد مما لا يساعد على القول بأن النصوص تطاوع المذكرة الايضاحية للقانون وقد أشار الأستاذ السنهورى نفسه إلى هذا النقد ، وأن كان قد أورد أن نص المادة ١٣٧ مدنى يحتمل أن يكون السبب المذكور فى العقد هو الباعث[1] .

وقد استغنى الأستاذ السنهورى عن النظرية التقليدية فى مجال الحماية الفردية بفكرة الارتباط بين الالتزامات فى العقد التبادلى ـ غير أن ذلك ليس إلا قولا بالسبب التقليدى فى صورة أخرى فضلا عن أن التعليل بفكرة الارتباط أبعد من التعليل بفكرة السبب[2] . وكذلك فإن الاستغناء عن السبب التقليدى بفكرة المحل فى السبب غير المشروع لايستقيم فى كل الفروض فتعهد الشخص بأرتكاب جريمة من الجرائم لقاء مبلغ معين باطل لأن السبب غير مشروع . وليس لأن المحل غير مشروع ذلك أننا فى خصوص السبب نبحث عن إجابة للسؤال لم التزم المدين وليس عن أجابة سؤال آخر هو بم التزم المدين كما يصح القول بأن من يتعهد بعدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال يتعهد بلاسبب وليس بسبب غير مشروع[3] .

ومن ناحية أخرى فإن بعض نصوص القانون المدنى تقوم على النظرية

---

(١) الوسيط ص ٥٢٨ — هامش ٢ .

(٢) راجع نظرية الالتزام أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٣٢ ، ٢٢٤ ، أنور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ص٢٠٨ .

(٣) قارن الوسيط ص٤٩٥ .

التقليدية فى السبب ولا يمكن ردها فى خصوصه إلى النظرية الحديثة فنص المادة ٤٨٨ مدنى فى الهبة يجعل السبب فيها نية التبرع إذ جرى النص بأنه « ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزامات معينة » ويعنى ذلك أن السبب فى الهبة هو نية التبرع . كما أن المادة ٣٦١ مدنى والتى نصت على الالتزام المجرد للمناب نحو المناب لديه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ولا يبقى إلا حق الرجوع على المنيب كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره » والالتزام المجرد لايتصور إلافى ظل النظرية التقليدية للسبب . فهذه النصوص لا تستقيم مع القول بالاستغناء الكامل عن نظرية السبب التقليدية .

وأخيراً فإن المادة ١٣٦ مدنى « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » تحتمل أن ترد على سبب الالتزام وسبب العقد وذلك باشتراط الوجود واشتراط المشروعية .

والواقع أن غالب الفقه يجرى على النظرية التقليدية أو يكملها بنظرية الباعث أو يقول بالأزدواج بينهما .

أما القضاء فلم يكف عن اعتبار السبب بالمعنى التقليدى سواء فى القانون القديم أو فى القانون المدنى الحالى غير أنه يكمل النظرية التقليدية بنظرية الباعث لمواجهة الحاجات العملية وقد واجهت بعض التقنينات مشكلة ازدواج وظيفة السبب فلم تجر وراء محاولات توحيده ولم تستغن عن أى من الوظيفتين لأن ذلك غير ممكن عملا فقررت صراحة بازدواج السبب وعلى ذلك القانون اللبنانى الذى فرق صراحة فى نص المادة ١٩٤ منه بين سبب الموجب وسبب العقد

بل وأورد صفات كل من السبب فى الالتزام والسبب فى العقد فى المادتين ١٩٥ ، ٢٠٠ منه[١] وهذا التفصيل فى نظرنا منتقد .

إثبات السبب :

أورد القانون المدنى فى شأن إثبات السبب نص المادة ١٣٧ والتى نصت فى الفقرة الأولى على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً مالم يقم الدليل على غير ذلك » كما نصت فى الفقرة الثانية « ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . وقد كان القضاء المصرى يطبق هذه القاعدة مع عدم وجود نص عليها فى القانون المدنى السابق ، وقد أقام القانون المدنى قرينة على توفر سبب مشروع فى كل التزام فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ ، أما حكم الفقرة الثانية فهو يتفق مع قواعد الإثبات العامة .

فإذا كان العقد لم يذكر فيه سببه . فإن هناك قرينة على توفر سبب مشروع فإذا انتفى وجود السبب بإثبات المدين ذلك . فعلى الدائن إثبات توفر سبب للالتزام . فإذا عجز كان من حق المدين أن يتخلص من المطالبة أو يسترد ما وفاه طبقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب .

أما إذا انتفت مشروعية السبب التى افترضتها القرينة القانونية . كان الالتزام باطلا . ما لم يثبت الدائن وجود سبب مشروع آخر . فإذا عجز الدائن

---

(١) براجع نص المادتين ١٩٥، ٢٠٠ من القانون اللبنانى .

عن ذلك بطل الالتزام . غير أنه يجب على المدين أن يثبت علم الدائن بهذا الوصف للسبب (عدم المشروعية) .

أما إذا ذكر السبب فى العقد . فلاحاجة لقرينة قانونية . إذ تكفى قواعد الإثبات العادية لحكم هذه الحالة . فإذا أثبت المدين صورية السبب بحسب قواعد الإثبات . كان على الدائن أن يثبت توفر سبب آخر يشترط له بداهة صفة المشروعية(١) .

ما أدخله القانون المدنى فى نظرية السبب :

وما أدخله القانون المدنى فى نظرية السبب عما كان فى القانون القديم واستقر عليه الفقه والقضاء قبل صدوره . أنه لم يشر فى النصوص إلى مخالفة السبب غير المشروع لنص القانون . كما أغفل ذكر السبب غير الصحيح ، ولم يستبق إلا السبب الصورى ورد حكمه إلى المشروعية عند قيام سبب حقيقى(٢) .

---

(١) وقد طبق القضاء حكم القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٣٧ مدنى حتى قبل القانون المدنى الجديد — ويقول الأستاذ السنهورى فى الوسيط « وغنى عن البيان أن السبب الذى يذكر فى العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان الباعث قل أن يذكر فى العقد » غير أنه أورد بعد ذلك أن نص المادة أكثر مسايرة للنظرية التقليدية فى السبب ص ٥٢٨ هامش ٢ وهو ما تناولناه من قبل .

(٢) والمشكلة فى الصورية هى مشكلة إثبات فحسب لأنه إذا كان السبب الصورى ثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات صوريته إلا بالكتابة طبقاً لقواعد الإثبات أو بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد قضت محكمة النقض فى دعوى تستند إلى إيصال مكتوب وموقع من شخص يقرر فيه بمديونيته بمبلغ معين ، وقد دفع محرر السند بأنه لا يستند إلى سبب حقيقى وأنه حرره خوفاً من الدائنة به والتى كانت تربطه بها علاقة قبل زواجه بغيرها ، وكانت محكمة =

كما أن القانون الجديد قد فصل منطقة الغلط عن السبب ، وقد كان الخلط يقع بينهما فى القانون القديم إذ أن النظرية التقليدية فى السبب تقيم تفرقة بين السبب والباعث وتجعل أولها هو المعوّل عليه أما الباعث فلا يعتد به فى العقد وتبعاً لذلك كانت النظرية تقيم تفرقة بين الغلط فى السبب وهو يبطل العقد والغلط فى الباعث ولا أثر له فى صحة العقد . ثم تطورت نظرية الغلط وصار الغلط فى الباعث له أثره الذى يجعل العقد قابلا للابطال .

وإزاء الأخذ بالنظرية الحديثة كسبب الالتزام فإن الخلط يقع بين الغلط والسبب ويجب أن يتحدد المجال الذى تعمل فيه كل من الفكرتين وتؤدى دورها سليما لاسيما وأن الجزاء يختلف بحسب مخالفة قواعد الغلط أو السبب ويتردد بين القابلية للابطال والبطلان .

وقد عرفنا السبب . أما الغلط فهو بإيجاز وهم يقوم بذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته وكانت نظرية الغلط تميز بين ثلاثة أنواع من الغلط وأولها يعدم الرضا وثانيها الغلط الذى يشوب الرضا وثالثها الغلط الذى لايؤثر فى صحة العقد[1] غير أن القانون المدنى لما اعتبر السبب هو الباعث صار الغلط فيه محكوماً بقواعد الغلط واستخلص بذلك أنواع الغلط كلها إلى نظرية الغلط . فالغلط فى الباعث أو السبب المغلوط (السبب غير الصحيح) سواء

= الموضوع قد رفضت الإحالة للتحقيق لإثبات صورية السبب الثابت بالكتابة ، ولكن محكمة النقض نقضت الحكم لوجود مبدأ إثبات بالكتابة يجيز الإثبات فى هذه الحالة بالبينة — نقض بجلسة ١٩٦٦/٥/٥ — المنشور فى مجموعة الأحكام — السنة ١٧ ص ١١٣٥ — ويلاحظ هنا أن محرر السند بالمديونية لم يكن مشوباً بالإكراه المعدم للارادة أو التى يصل الى حد الجريمة للتوصل إليه .

(١) سليمان مرقس ص ٢٤٥ — ٢٥٤ .

وكلاهما يستوجب قابلية العقد للابطال فحسب - ذلك لأن اتساع السبب ليكون الباعث جعل الغلط فى السبب مجرد غلط فى الباعث - فيعطى حكمه ، وكذلك لأن فكرة الغلط دخيلة على فكرة السبب لأن الغلط يحمى مصلحة الفرد والسبب يحمى مصلحة الجماعة[1] .

(١) الوسيط ص ٥٢٣ والتعليل الثانى غير مسلم لأن السبب له وظيفة فى الحماية الفردية أوسع من الغلط .

الفصل الثالث

النظرية الإيطالية فى السبب

تعتبر النظرية الإيطالية فى السبب ذات صياغة مختلفة عن نظرية السبب فى الفقه اللاتينى وكذلك عن صياغة النظرية فى فكرة الاعتبار وقد أردنا بإيراد مضمون هذه النظرية فى الفقه الإيطالى أن نوضح إلى أى مدى تختلف صياغة الفكرة الواحدة أو مضمونها فى الشرائع المختلفة لأن ذلك سوف تكون له فائدته عندما نبدأ فى صياغة نظرية السبب فى الفقه الإسلامى، فليس من اللازم عند بحث ذلك العنصر من عناصر العقد وهو السبب أن نرى طريقة البحث متماثلة فى التشريعات المختلفة أو نرى الصياغة التى تستقر عندها شريعة معينة هى الأساس فى بحث هذه الفكرة إذ أن فكرة الاعتبار وهى تؤدى مفهوم السبب فى الفقه اللاتينى تختلف فى الصياغة والوظيفة اختلافاً جوهرياً عن السبب فى الفقه اللاتينى وكذلك سنرى أن نظرية السبب فى الفقه الإيطالى تختلف فى الصياغة وفى مفهوم الفكرة نفسها عن كل من الفقه اللاتينى والفقه الإنجليزى والأولى فى بحث هذا العنصر من عناصر العقد أن يتمشى البحث مع الصياغة التى تميز فقهاً معيناً عن غيره وأن يستهدف الوظيفة التى يؤديها السبب أو مفهومه فى كل من هذه الشرائع .

وظيفة العقد فى النظرية الإيطالية :

والنظرية الإيطالية فى السبب تضع أمامهـــا مصلحة المجتمع فى المقام

الأول[1] عند بحث السبب وهذا الوجه يميزها عن كل من نظرية لسبب فى الفقه اللاتينى ونظرية السبب أو فكرة الاعتبار فى القانون الأنجلوسكسونى . فنظرية السبب التقليدية تعنى بالالتزام المقابل فى العقد التبادلى وتجعله سبباً وهو ولاشك فى صالح المتعاقد إذ اشتراطه واعتباره ركناً للالتزام (أو فى إرادة الالتزام) مما يحقق مصلحة المتعاقد وقد رأينا كيف تعنى النظرية الحديثة فى السبب بالباعث الدافع على الالتزام وتجعله سببا له وذلك مما يحقق الحماية الاجتماعية فى دائرة التعاقد . أما فكرة الاعتبار فهى تكاد أن تصبح مجرد وسيلة لإظهار إرادة الالتزام قانونا وهى لا تعنى بالتوازن فى الالتزامات الناشئة عن العقد ـ واشتراط أن يكون الاعتبار مشروعاً يكاد يستقل عن البواعث والنيات المستترة وراء التعاقد . أما النظرية الإيطالية فهى تجعل السبب فى خدمة العقد كظاهرة اجتماعية .

ومنذ نهاية القرن التاسع عشر والفقه الإيطالى ينادى بأن تكون للعقد وظيفة اقتصادية اجتماعية حتى يكون للعقد الحماية التى يقررها القانون له فيكون مستحقاً لهذه الحماية إذا هو حقق هذه الوظيفة المرجوة منه وهذه الوظيفة هى السبب الذى يبرر الاعتراف بالعقد وحمايته أمام القضاء فإذا كان العقد غير مفيد أو غير جدى فإنه لا يكون صحيحاً ،ذلك أن الدولة تنفق بسخاء على إقامة

---

(١) يقول كربونييه أنه فى وقتنا الحاضر وهو يتميز بالنزعة الاجتماعية حاول بعض الفقهاء أن يضفوا هذه الصفة على السبب Socialiser la cause فتصوروه على أنه الوظيفة الاقتصادية الاجتماعية للعقد وهذا على الأخص فى إيطاليا وبحسب الفقيه الإيطالى جورلا وقد كان يبحث وضع الرضا فإن السبب هو مجرد قيد على المبدأ القائل إن الارادة وحدها تكفى وفى الوقت الحاضر فإن فكرة السبب هى فكرتان السبب المجرد Cause abstraite والسبب الباعث Cause motif كربونييه — القانون المدنى جـ ٢ ص ٣٨٠ .

العدل والقانون بين الناس فلا يكون لائقاً بعظمة القانون والعدالة ولا مناسباً لأهدافهما السامية أن يضيعا فى بحث عقود غير نافعه أو غير جدية ولا يعود منها فائدة على المجتمع وقد تطورت هـذه النظرية فى الفقه الإيطالى وقبلها الفقه فى بعض البلاد الأخرى[1] وقد أوردتها المادة ١٣٢٢ من القانون المدنى الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٢ والتى نصت على أنه « للمتعاقدين إنشاء عقود لم ينص عليها فى القانون بشرط أن تتحقق بها مصالح تستحق الحماية بحسب قواعد النظام القانونى الإيطالى » ومعنى ذلك أنه فيما عدا العقود المنصوص عليها فى القانون ـ فإن القانون الإيطالى لا يبسط حمايته على التصرفات التى لا يتحقق بواسطتها مصالح تستحق الحماية ـــ أو بمعنى أدق الوظائف التى تستهدفها هـذه العقود والتصرفات ـ فالقانون لا يمكن أن يبسط حمايته إلا على التصرفات التى تحقق وظيفتها وتبدو أهميتها فى الحياة الاجتماعية فهذه هى التى تستحق حماية القانون لها وقد قال بهذه النظرية الفقيه الإيطالى شيالويا وتبعه كثير من الفقهاء حتى كاد المذهب الشخصى فى الفقه أن يختفى من إيطاليا ويقول « دى روجيرو » فى كتابه نظم القانون المدنى « الواقع أن كل تصرف قانونى فى ذاته منظوراً إليه نظرة مادية له غرض اقتصادى قانونى يسوغ وجوده وينفصل عن البواعث الخاصة الفردية فالسبب هو الغرض القانونى الاقتصادى الذى يعترف به القانون ويحميه وهو الوظيفة التى يرمى إليها التصرف عندما ننظر إليه نظرة مادية » فالسبب فى البيع مثلا يكون تبادل الشىء بالثمن أى تبادل المتعاقدين المنافع الاقتصادية القانونية المتقابلة وهذا التبادل يتركز فيه التصرف بجوهره العقدى الكافى[2] بغض النظر عن الأغراض الداخلية المحتملة والمتغيرة التى تدفع الطرفين إلى هذا التبادل

---

(١) ديموج فى الالتزامات ـــ جـ ١ فقرة ١٣ .

(٢) يلاحظ الاهتمام بعملية المبادلة أو المعاوضة والتى يتركز فيها جوهر التصرف مما قد يتشابه مع ما نقول به فى الفقه الإسلامى ـــ وسنشير إلى الفارق فيما بعد .

المادى والسبب فى الهبة هو النية القاطعة فى التخلى عن مال خاص بلا مقابل بقصد التبرع للموهوب له دون نظر إلى الباعث الداخلى الذى يدفع الشخص إلى هذا التخلى المجانى .

تقدير النظرية :

ويبدو واضحاً أن هذه النظرية ليست لها أهمية تذكر فى دائرة العقود المسماة ذلك أن المشرع إذ نظم فى القانون هذه العقود وأورد أحكامها قد اعترف ضمناً بما تؤديه هذه العقود من فائدة اقتصادية واجتماعية للمجتمع[1]

---

(١) ويقول الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته التصرف القانونى المجرد أن السبب على هذا المعنى أى على معنى وظيفة التصرف القانونى نفسه لا يختلط بالبواعث النفسية التى تدفع إرادة منشىء التصرف لأننا إذا وضعنا اهتمامنا على هذه الناحية المادية من التصرف فلا يمكن أن يختلط السبب بالبواعث الدافعة ص ١٣٦ — ١٣٧ .

والواقع أن وظيفة التصرف القانونى نفسه لا يمكن أن تكون ناحية مادية بطبيعتها بل أنها مع التجاوز ليست إلا غرضاً معنوياً لأن وظيفة التصرف القانونى إما أن تنبع من طبيعته مثل عقد البيع فهو عقد مبادلة للأموال أو المنافع وإما أن تنبع من إرادة الشارع الذى يحدد وظيفة معينة للتصرف .

ويقول أنه إذا كان السبب هو الوظيفة القانونية للتصرف فإنه يترتب على ذلك أن يكون السبب بالمعنى الفنى هو المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية فهو الذى يبرر حماية القانون للتصرف .

وإذا كنا نبحث عن السبب فى العقد أو الالتزام فإنه لا علاقة بين أحدهما وبين المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية — ذلك أن القوة الإلزامية للتصرف تأتى من خارج التصرف — من القانون .

على أن الفقهاء الإيطاليين أنفسهم قد عرفوا ذلك فى النظرية الإيطالية للسبب فيلاحظ أحدهم أن فكرة السبب على معنى وظيفة التصرف القانونى هى فكرة تنتمى إلى المنطق القانونى أو النظرية العامة للقانون ولكنها ليست تفسيراً للنصوص الخاصة بسبب الالتزام فى القانون الايطالى . المرجع المذكور ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

فاعترف لها بذلك بتحقيقها لوظيفتها الاجتماعية ولكن الشك هنا فى العقود غير المسماة التى اشترط المشرع فى المادة ١٣٢٢ مدنى إيطالى أن تتحقق عن طريقها الوظيفة التى يتطلبها القانون من العقد وقد أورد تقرير وزارة العدل الإيطالية عن هذه المادة : « أن النظام القانونى أو القانون لا يمكن أن يبسط حمايته على مجرد الهوى الشخصى ولكنه يضمن هذه الحماية فقط للعقود التى لها أهمية فى الحياة الاجتماعية أى الوظائف والمصالح التى تستحق تلك الحماية » فهناك بعض الاتفاقات يبدو أنها لا تحقق فائدة اجتماعية أو ليس لها وظيفة اقتصادية ومثال ذلك التعهد بمبلغ من المال لشخص نظير العناية ببعض الحيوانات المفضلة (غير المفيدة) مثل طائر كناريا مثلا[1] .

وهذه النظرية تشكل قيداً كبيراً على حرية الإرادة فى التعاقد وتمثل المظهر الواضح لعدم الثقة بالنسبة للعقود غير المسماة فى القانون المدنى[2] غير أنه من المشكوك فيه أن تكون هذه النظرية مقبولة فى تشريعات الدول التى لا تتضمن نص المادة ١٣٢٢ مدنى إيطالى كما أنه من المشكوك فيه أن يكون لها حتى فى الفقه الإيطالى قيمة تذكر من الناحية العملية ذلك أن الأمثلة التى تطرح للبحث هى عن العقود التى تضر الاقتصاد الوطنى أو العقود التى تهدف إلى غرض غير مشروع أو يتفق فيها على أمر مخالف للقانون ـ وهذه الأمثلة لا تشكل النظرية حلولا لها تختلف عن غيرها كما فى حالات الاتفاق على الامتناع عن النشاط الانتاجى فى الدولة أو الاتفاق على تخريب الانتاج أو إتلاف مال الدولة كل ذلك يمثل فى الواقع اتفاقاً حرمه القانون ـ فهى غير مشروعة بغض النظر عن عدم

---

(١) جورلا — ص ٥٢ .

(٢) المرجع السابق — ص ٥٢ .

تحقيقها لوظيفتها الاقتصادية الاجتماعية وبذلك يمكن أن يرجع بطلان هذه الاتفاقات إلى فكرة عدم مشروعيتها لا إلى فكرة السبب حسبما أوضحته النظرية الإيطالية فى السبب ـ ويذهب الفقيه الفرنسى ديموج فى نقد النظرية الإيطالية إلى القول بأن هناك مبدأ « توافق المصالح » ذلك أنه عند النظر يتبين لنا وجود توافق بين المصالح العامة والمصلحة الخاصة والعكس صحيح أيضا إذ أن الفرد وهو يشبع رغباته فى مجال التعاقد يتجه حتى بغير قصد إلى تحقيق مصالح الجماعة ـ والحقيقة أن هذا النقد يعد مبالغة فى التمسك بالروح الفردية والمذهب الفردى فهو يوغل فى حماية المذهب الفردى إلى حد التصريح بأن هناك تناسقاً بين تحقيق رغبة الفرد أو رغبات الأفراد وبين صالح الجماعة وهو أمر لا يسلم من النقد ولا يتفق مع الواقع فى الحياة العملية ذلك أنه يصعب افتراض وجود هذا التوافق مع قيام التناقض والتعارض حسبما هو مشاهد فى كثير من الأحيان بين المصالح العامة ومصلحة فرد معين أو مجموعة معينة من الناس .

على أن هذه النظرية تمثل جانباً من تدخل الدولة فى حياة الأفراد وإن كان تدخلها فى هذه الحالة بطريقة عامة لا يمكن أن يحدد مداها بدقة فكيف يمكن معرفة الوظيفة الاجتماعية الاقتصادية للتصرف وكيف يقدر طرفا التعاقد حقيقة هذه الوظيفة واستجابة التصرف أو العقد لها ـ وفضلا عن ذلك فإن هذه النظرية لا صلة لها بتطور القانون المدنى المستمد أصلا من القانون الرومانى اللهم إلا إذا قيل بأن القانون الرومانى ـ بمعرفته لبعض العقود المعينة فحسب وهى العقود المسماة قد اعترف لها فقط بأدائها لوظائفها بخلاف العقود غير المسماة ـ إلا أن القانون الرومانى فى الواقع لم يكن يهتم بفائدة العقد .

ومن ناحية أخرى فإذا كان هناك عقد معاوضة غير مفيد أو لا يحقق فائدة

اجتماعية أو اقتصادية كما تقول النظرية ، وأفرغه المتصرف فى صورة هبة مقيدة بشرط ، فإن هذا التصرف يكون صحيحاً حسبما تذهب النظرية [1] مع انعدام فائدته الاقتصادية لاجتماعية ،وذلك لمجرد أنه أفرغ فى صورة هبة إذ يستطيع المتصرف فى العقد الذى أسلفنا ذكره مثلا ـ أن يحتفظ بحق الرجوع فى الهبة إذا لم يتحقق له الشرط الذى لا فائدة فيه من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية . وكذلك يمكن التساؤل عما يحدث إذا نفذ أحد الطرفين فى العقد الذى لا يستجيب لوظيفته الاجتماعية الاقتصادية الالتزام الملقى على عاتقه

على أن نقداً هاما يمكن أن يوجه إلى النظرية الإيطالية ، وهو أنه ما دام الأفراد لا يستطيعون إنشاء عقود إلا ما يحقق منها فائدة للمجتمع وتكون فيه مصلحة اقتصادية أو اجتماعية فإن ذلك قد ينتهى فى الواقع إلى إلغاء وظيفة العقد نفسه ، من حيث أنه وسيلة لتحقيق مصلحة الأفراد ، وهو الغرض الأساسى للعقد .

وهذه النظرة إلى السبب فى الفقه الإيطالى حسبما أوضحته هذه النظرية تجعله منفصلا عن الإرادة الخاصة ويتصـــــل بإرادة القانون ومهمته فى النظام التعاقدى تحديد نوع العقد ؛ فوظيفته تمثل وظيفة التصرف القانونى ؛ أو الغرض منه .

وقد وازن الدكتور وحيد سوار بين النظرية الإيطالية فى السبب والنظرية الفرنسية[2] ، فذكر أن كلا من النظريتين يحتفظ بالتفرقة بين السبب والباعث،

---

(١) المرجع السابق ص ٥٦ .

(٢) وحيد سوار التعبير عن الإرادة ص ٤٨٧ .

وأن السبب فى كل من النظريتين ثابت لا يتغير فى النوع الواحد من العقود . على أن هذه المقارنة لا تخلو من نقد ، ولا سيما بالنسبة للشق الأول منها ، ذلك أن النظرية الفرنسية تجعل السبب متصلا بالإرادة ، ولذلك تعتد بالباعث وهو عنصر نفسى فى ذاته ، بينما فى النظرية الإيطالية ينفصل السبب عن الإرادة الخاصة، ولذلك فلا وجه عندئذ للتفرقة بين السبب والباعث ما دمنا نسلم بانفصال السبب عن الإرادة مطلقا .

فالنظرية الإيطالية لا تهتم بالباعث بخلاف النظرية الفرنسية ، وحتى فى الهبة فإن السبب فيها فى النظرية الإيطالية هو النية القاطعة فى التخلى عن المال دون مقابل ، والنظرية الفرنسية تجعل السبب فى الهبة الباعث الدافع لها ، ذلك أن نية التبرع فى ذاتها لا يرد عليها وصف عدم المشروعية ، إذ هى مشروعة دائماً .

ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان السبب فى النظرية الفرنسية والنظرية الإيطالية ثابتا لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، ولا سيما إذا وضعنا فى المقارنة النظرية التقليدية فى السبب ، فإن هناك فارقا خطيراً ذلك أن السبب فى النظرية التقليدية فى الفقه اللاتينى ثابت لا يتغير فى كل نوع من أنواع العقود ، ولكنه مع ذلك محدد ــ وهو الالتزام المقابل ، وهو معروف للمتعاقدين ولا يخفى عليهما فى كل نوع من أنواع العقود كالبيع والإيجار أو الرهن . أما السبب فى النظرية الإيطالية فهو ثابت حقاً ولكن بالنسبة إلى كل قسم من العقود فإذا ربطنا الوظيفة الاجتماعية الاقتصادية للعقد بكل نوع من العقود لما وجدنا فارقاً يذكر مع اختلافها وتنوعها إذ يبدو تبادل المنافع الاقتصادية والاجتماعية بمقابل أمراً عاماً يكون صالحاً لجعله وظيفة كل العقود الملزمة للجانبين وهذا

السبب على خلاف السبب فى النظرية الفرنسية – غير واضح المعالم وقد يخفى على المتعاقدين ، وأخيراً فإن السبب فى النظرية التقليدية الفرنسية إذا كان بمعنى الالتزام المقابل فإن له علاقة بالمتعاقدين لأنه بالنسبة إلى كل منهما السبب المقصود أو السبب القريب ، أما السبب بمعنى وظيفة التصرف القانونى فلا شأن للمتعاقدين به ويرجع الأمر فيه إلى القانون ولا عبرة بما إذا قصد المتعاقدان تحقيق هذه الوظيفة أم لم يتجه قصدهما إليها .

على أن الفارق الأساسى بين النظرية الفرنسية للسبب فى الفقه اللاتينى والنظرية الإيطالية يظهر فى أن النظرية الفرنسية أبقت على العلاقة بين السبب والإرادة ، بينما فصلت النظرية الإيطالية بينهما[1] وقد تطورت النظرية الفرنسية إلى خلط السبب بالباعث بينما فى النظرية الإيطالية لا يمكن أن يحدث هذا الخلط لانفصال السبب تماما عن الإرادة الخاصة للمتعاقدين فالسبب فى الفقه الإيطالى هو المبرر لقوة التصرف القانونى الإلزامية وهو الذى يبرر حماية القانون للتصرف والالتزامات الناشئة عنه[2] ، وهو الأساس القانونى للالتزام، وهو أساس الحماية القانونية للتصرف ولا علاقة له بالنيات والبواعث وقد أكد بونفانتى ذلك النظر بقوله « إن السبب يعبر دائما عن إرادة القانون بالتعارض مع إرادة الطرفين[3] » والسبب فى النظرية الإيطالية لا يعتبر سبباً بالمعنى المعروف فى القانون المدنى لأنها تتحدث عن السبب الذى يبرر حماية القانون للتصرف وليس عن السبب الذى يدفع الإرادة الخاصة لهذا التصرف .

---

(١) محمود أبو عافية التصرف القانونى المجرد ص ١٣٨ — ١٣٩ .

(٢) التصرف القانونى المجرد محمود أبو عافية ص ١٣٨ – ١٣٩ .

(٣) المرجع السابق.

وقد تحدثت المادة ١٣٤٥ من القانون المدنى الإيطالى عن الباعث فقضت بأن « الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقد إنما انساق إلى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده وكان باعثا اشترك فيه كلا المتعاقدين » فالقانون قد اعتد بالباعث الدافع سبباً للالتزام واشتراك الطرفين فيه فلا يكفى العلم بالباعث غير المشروع لأن العلم غير الاشتراك وكلاهما أقل مرتبة من الاتفاق على الباعث غير المشروع .

النظرية الايطالية وفكرة السبب فى القانون السوفييتى :

وفكرة السبب فى القانون السوفييتى قد تتشابه فى البناء مع النظرية الإيطالية فى السبب وإن كانت تبدو أكثر اتساعا من ناحية إخضاع النشاط الفردى لسلطة الدولة إخضاعاً كاملا فإن لالتزام يبطل فى القانون السوفييتى إذا لم يحقق الأثر القانونى المنصوص عليه ويكون البطلان بقوة القانون ، وكذلك تبطل التصرفات التى تتم مخالفة للقانون أو للاضرار أو المساس بسلطة الدولة (م ٣٠ من القانون المدنى السوفيتى)[١] .

وهذا النص يخضع النشاط الفردى تماما لسلطة الدولة ، ولا يتكلم عن مخالفة التصرف لحسن الآداب لأن فكرة حسن الآداب بذاتها فكرة غريبة عن المجموعة السوفييتية[٢] .

والواقع أن الشريعة السوفييتية تتميز بأن النظرة فيها إلى المصالح الفردية هى نظرة ارتياب .

---

(١) القانون المدنى والتجارى السوفييتى ج ٢ بند ٧ باسيلى الياشفتش ، بول تاجر ، موريس نولد .

(٢) المرجع السابق .

ولذلك لا يجعل لها المشرع حماية تذكر إذا تعلق الأمر بسلطة الدولة أو أهدافها ويبدو العقد حينئذ بكل عناصره بما فيها عنصر السبب أداة لخدمة الدولة وأهدافها وليس مجرد وسيلة فردية أو اجتماعية لتبادل السلع والمنافع .

ووظيفة العقد باعتباره وسيلة اجتماعية لتبادل السلع والخدمات هى وظيفته الطبيعية ذلك أن المبادلة تعيش منذ فجر البشرية وإن لم تكن المبادلة ووسيلتها متماثلة فى جميع العصور .

ولذلك فإنه حين يكون الغرض من العقد أو من السبب كعنصر فيه هو خدمة أهداف نظام سياسى معين فإنه يكاد يفقد صفته كعقد نبحث فيه دور الإرادة والسبب .

وبالنسبة لبلد مثل الاتحاد السوفيتى فإن هناك نظما بأسرها من النظم الهامة كالديمقراطية والعقد والحرية والملكية ، ما زالت محل اعتباره ، ولكن كما يقول أحد الباحثين مع اختلاف فى مضمونها عما تعرفه الدول والجماعات التى نشأت هذه النظم فى ظلها ، فالملكية مثلا نشأت فى مناخ فردى بخلاف المناخ الذى يسود الاتحاد السوفيتى فى تجربته الاشتراكية وهى تضحية الفرد لصالح المجموع[1] فهناك حماية لأسماء هذه النظم والمؤسسات لأسباب دعائية وسياسية وطبيعية فحسب[2] .

ويذهب الدكتور نعمان خليل إلى أن العمليات القانونية التى تتم فى ظل نظام تخطيط مفروض كما هو الحال فى النظام السوفيتى تخرج عن فكرة العقد ،

---

(١) رسالة الدكتور نعمان خليل جمعه — نظرية مصادر الالتزام — رسالة من جامعة باريس سنة ١٩٦٦ فقرة ٥٦ — مطبوعة على الآلة الكاتبه .

(٢) المرجع السابق .

فالمبادلات التى تتم بين مشروعات مختلفة — للسلع والخدمات لا تنتج من اتفاق إرادات الأفراد (مديرى هذه المشروعات) مثلا — وإنما تنتج من القانون ومن الخطة التى تضعها الدولة ومن تصرفات إدارية تتبع الخطة وبقصد تنفيذها[1] . وإذا كان هناك شك فى أن المبادلة التى ينظمها العقد فى هذا النظام هى فى طبيعتها عملية تعاقدية لم يكن هناك مجال للبحث عن فكرة السبب وإن كان الدكتور نعمان خليل لم يتحدث فى مجال الصفة العقدية عن أن مبادلات الأفراد المسموح بها فى ظل أى نظام اقتصادى هو تبادل لا يمكن بطبيعته أن يخرج عن الصفة التعاقدية ذلك أنه يمكن لنا أن نشك فى هذه الصفة فى للمبادلة التى تحدث بين الفرد والدولة فى نظام معين أو بين أشخاص متعددين بقصد تنفيذ خطة وضعتها الدولة ، ولكن بالنسبة لمبادلات الأفراد فى حدود القانون فإن المبادلة تتم بلاشك فى صورة عقد إذ تجمع علاقة التبادل هذه فى اتفاق الارادات ، والقوة الملزمة[2] ، والصفة الأساسية فى العقد « هى اتفاق الارادات »[3] ومما لاشك فيه أن النظام السوفييتى فى اختلافه كشريعة عن النظم القانونية الأخرى كالشريعة اللاتينية والانجلوسكسونيه لا يجعل من السهل وضع صياغة لنظرية السبب وإنما أردنا بالإشارة إليها أن نرى هل يمكن الاستغناء عن الفكرة فى ظل نظام قانونى معين أم أن كل نظام قانونى يحمل هذه الفكرة أو مفهومها .

---

(١) المرجع السابق فقرة ٧ .

(٢) المرجع السابق فقرة ٩ .

(٣) المرجع السابق فقرة ١٠ .

ذلك أنه فى النظام السوفييتى فإن تأميم الأموال وأدوات الإنتاج ليس إلا بداية وتنظيم استغلالها للحصول على أكبر إنتاج هو الأمر الضرورى وقد حلت فكرة المنشأة العامة محل الادارة المباشرة[1] .

وقد سبق أن ذكرنا أن الخطة التى تضعها الدولة هى الأساس فى العلاقات القانونية التى تقوم بين مديرى المنشآت وبعضهم ، وقد جرد البعض هذه العلاقات من صفة العقد لأن آثار هذه العلاقات تنتج من القانون أو الخطة التى تضعها الدولة .

ويقول بعض المؤلفين السوفييت أن العلاقات القانونية بين الأفراد والمنظمة بواسطة خطة ضمن مصلحة المجتمع لا تنقص من حرية الأفراد بل على العكس تزيدها ، فالعقد الخاضع للخطة يزيد حرية الأفراد لأنه يساهم فى تحقيق التقدم والنمو بينما لا يستطيع ذلك فى عالم يعانى من الفقر والحاجة الاقتصادية التى تدفع الشخص إلى بيع عمله أو بضائعه بشروط نادراً ما تكون مفيدة ، ويتضح من ذلك أن السوفييت النظريين أعطوا للألفاظ المعروفة فقهاً يؤيد مؤسساتهم القانونية الجديدة[2] .

وعلى أية حال فأيا كان الشأن فى صفة العلاقات القانونية فى ظل التخطيط الكامل والتزام الأفراد والمؤسسات به . فإن عنصر السبب يبقى غير ظاهر حتى فى العقود التى تخلص لها هذه الصفة ، وذلك أن السبب فى العقد يهدف إلى غرضين : أحدهما باعتباره عنصراً فنياً فى العقد هو حفظ التوازن العقدى

(١) القانون السوفييتى رينيه دافيد وجون هازارد ج ٢ ص ٤٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٨ — ٥٩ .

والآخر باعتباره وسيلة اجتماعية وهو إبطال الاتفاقات المخالفة للقانون ، وكلا الغرضين لا أهمية له فى القانون السوفييتى لأن التوازن بين العاقدين فى مضمون العقد فكرة لا تدعو الحاجة إليها فى مجتمع يتولى تنظيم العلاقات الاقتصادية بين الأفراد بدقة بالغة كما أن إبطال الاتفاقات المخالفة للقانون لا يستدعى إيجاد هذه الوسيلة الاحتياطية إذ تتكفل القوانين وأهداف الدولة بتقرير البطلان دون حاجة إلى البحث عن فكرة النظام العام أو حسن الآداب .

الفصل السابع

السبب فى القانون الانجليزى

الاعتبار فى القانون الانجليزى :

يختلف النظام القانونى الانجلوسكسونى عن النظام القانونى الفرنسى أو اللاتينى بوجه عام — وذلك الاختلاف يرجع أساساً إلى عدم تأثر القانون الأنجلوسكسونى بالقانون الرومانى وهو أصل الشرائع اللاتينية — ويبدو هذا الاختلاف فى القواعد الموضوعية كما يبدو فى التنظيم القضائى فى كل من النظامين فالنظام القضائى الانجليزى . على خلاف النظام القضائى الفرنسى ومعظم القوانين التى تأثرت به يقوم على نظام السابقة القضائية ففى أحكام المحاكم تتقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة أما المحاكم العليا فهى تتقيد بما سبق أن أصدرته من أحكام ويكون لأحكامها قوة إلزامية أمام المحاكم الأدنى درجة فى النظام القضائى ولا تستطيع المحاكم العليا أن تخالف ما سبق أن قضت به أو تمتنع عن تطبيق القاعدة التى سبق أن قررتها فى نزاع معين إذا ما عرض أمامها نزاع مماثل[1] . كما تختلف القواعد الموضوعية إذ تتميز بصياغة خاصة ومصطلحات تختلف عن مصطلحات القوانين اللاتينية ، ولا يعرف القانون الانجليزى لفظ السبب La cause فلا يشترط وجود سبب للالتزام وإنما يشترط وجود الاعتبار The consideration والاعتبار فى القانون الانجليزى يمثل عنصر السبب فى الشرائع اللاتينية .

---

(١) المدخل للقانون الانجليزى Philip S. James ط سنة ٦٦ ص ١١ — ١٢ .

والالتزام ينشأ فى القانون الإنجليزى من العقد والجريمة ، أو الإخلال بعقد أو بحكم يعطى أحد الأشخاص أمراً على الآخر بفعل شىء أو الامتناع عن فعل شىء أو بعمل قانونى آخر خلاف العقد مثل الزواج[١] ، وتنقسم العقود إلى عقود مختومة وعقود بسيطة أو عادية ، والعقود البسيطة أو العادية لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الاعتبار وفى القانون القديم كانت العقود المكتوبة دائماً مختومة والعقود البسيطة كانت شفوية غير أنه لما انتشرت الكتابة أصبحت تشترط للاثبات فحسب[٢] ، وكل التزام يجب أن يكون له سبب صحيح وكاف وإلا كان مجرداً من كل أثر ويتطلب القانون الإنجليزى الاعتبار فى العقود البسيطة فحسب على أن الاعتبار موجود أيضاً فى العقود المختومة — ومع أن المفروض أن يكون لها سبب فإن القانون لا يتطلب إثبات السبب فيها[٣] .

ما هو الاعتبار

وينقسم الاعتبار إلى اعتبار حسن en bonnes أو good consideration واعتبار متقوم en valables أو Valuable cause[٤] .

وقد عرّفت إحدى المحاكم الاعتبار فى النوع الثانى بأنه « أىّ حق أو مصلحة أو فائدة تكتسب لأحد الطرفين أو أى امتناع أو خسارة أو فقد

---

(١) الطبعة الثانية جـ ٢ ص ٨٧ Elements de droit civil Anglais مبادىء القانون المدنى الإنجليزى . أرنست لهر Arnest Lehr .

(٢) المرجع السابق ص ٩٧ .

(٣) أنسون — ص ٨٦ W. Anson. Principles of the English law of contracts الطبعة الثانية جـ ١ ص ٨٧ Ed. Jenks Digeste de droit civil anglais.

(٤) أرنست لهر — ص ١٠٥ .

أو مسؤولية مفروضة على الطرف الآخر [١]، فلا يعرف القانون الانجليزى لفظ السبب بل يشترط فى عقد المعاوضة الاعتبار ولا يكون العقد صحيحاً ما لم يتضمن هذا العنصر إذ يجب أن يتلقى الواعد اعتباراً مقابل الوعد الذى أعطاه وقد عرف بعضهم الاعتبار بأنه in simplest terms consideration is what a promissor demands and receives as the price of his promise. أى أنه فى عبارة موجزة .

هو ما يطلبه ويتلقاه الواعد كثمن لوعده [٢] .

تطور فكرة الاعتبار :

وقد تطورت فكرة الاعتبار فى القانون الانجليزى ذلك أنه فى أول عهد القانون العام Common law الذى بدأ بعد الفتح النورماندى عام ١٠٦٦ ميلادية لم تكن فكرة العقد قد وضحت فعدا بعض العقود المعينة لم يكن هناك التزام إرادى سوى ما يكون أثراً لعمل شكلى acte formel على أنه بعد ذلك وبسبب نمو التجارة وزيادة المعاملات استلزم الأمر وسائل لحماية العلاقات القانونية فى المجتمع الآخذ فى النمو غير قواعد الإجراءات فى الدعاوى المعينة فى القانون وصيغها المحدودة ونشأت دعوى الدين action of debt ، وكان الاعتبار يتمثل فى ضرر أو تضحية يتحملها المستفيد من الوعد ، ثم تطور الأمر إلى أن كان الاعتبار يطلب منـــه فى وقت الوعد أو التعهد وأصبحت دعوى الدّين مؤسسة على علاقة تعاقدية قائمة بين طرفين وهذه العلاقة ليست

---

(١) المرجع السابق .

(٢) Business law principles and cases. Walter A. kumpf الطبعة الثانية ص ٨٤ .

بسبب الاتفاق وليست ناشئة عنه وإنما بسبب أن أحد الطرفين تلقى من الآخر شيئاً بواسطة الاتفاق على أن يعطيه شيئاً مقابلا كما فى حالة البيع أو الإيجار ولـكون الدعوى غير مؤسسة على الاتفاق أو الوعد وإنما بسبب تنفيذ أحد الطرفين للاداء مستهدفا تلقى أداء مقابلا ، ومن هذه الفكرة — نشأ الاعتبار على صورة فائدة يتلقاها الواعد بسبب الوعد ويكون الطرف الذى تلقى أولا قد وعد بتنفيذ الأداء المقابل — وفى هذه المرحلة كان أساس التزام المدعى عليه فى وعد لم يتخذ الشكل الرسمى خارج النطاق التعاقدى وخارج المسؤولية التعاقدية كالضرر الذى تحمله أحد الطرفين ، ثم تقدمت فكرة العقد فتمثل الاعتبار فى شكل فائدة أو ضرر يتحمله المستفيد من العقد ويكون مطلوبا من الطرف الآخر وأصبح الضرر أو الفائدة من عناصر المساومة (bargain) ، وبذلك نصل إلى فكرة العقد التبادلى[١] ، ويصبح الاعتبار عنصراً يجعل الوعد ملزماً ويصبح المبادلة أو الثمن المطلوب من الواعد مقابل وعده .

أنواع الاعتبار وشروطه :

والسبب الحسن فى القانون الانكليزى أساسه فى الغالب رابطة الدم وهو مقابل أدبى مبنى على العاطفة ولـكنه ليس أساساً كافياً للالتزام ولذلك يجب أن تكون الهبة فى عقد مختوم ذلك أن الالتزامات التى يكون فيها الاعتبار من النوع الحسن يجب إثبات مضمونها فى عقد مختوم . أما السبب المتقوم فإنه يلزم لصحة العقد البسيط أو العادى وبدونه لا يكون العقد صحيحاً . ويشترط فى الاعتبار أن يكون حقيقياً أى يكون له قيمة مادية فلا يكون اعتباراً قيام شخص بتنفيذ ما يجب عليه قانوناً أو التعهد

---

(١) بولوك — العقود ص ١٣٤ F. Pollock contracts.

يعمل غير ممكن التنفيذ[1] ، وتكون هذه القيمة بمعيار ذاتي أي لا أهمية لما إذا كان لهذا الاعتبار قيمة لدى الغير[2] ويشترط القضاء الانجليزي أن يكون للاعتبار قيمة مادية فالالتزام الأدبي لا يصلح سبباً[3] ، ولا تهم المعادلة بين الالتزامات فالعبرة بوجوده وليس بتعادله أو توازنه مع المقابل ويكفي أن يطلب الاعتبار بجدية من الواعد حتى لا يكون الاعتبار صوريا والقانون لا يبحث ما إذا كان الاعتبار كافياً ومبررا للوعد أم لا ، فالعبرة في أن يكون الاعتبار ضررا أو خسارة للمنتفع ومنفعة للواعد فالمشقة الهينة أو اليسيرة كافية لتبرير الوعد بإعطاء مبلغ كبير من المال والواقع أن عدم النظر إلى التعادل والموازنة بين الالتزامات يجعل فكرة الاعتبار شكلية لأن أقل اعتبار يكفي لصحة العقد فبيع منزل يساوي آلاف الجنيهات بمبلغ صغير صحيح في القانون الإنجليزي كما أن حبة القمح تصلح اعتبارا[4] ولا يستطيع القانون أن يتدخل لإعادة التوازن في العقد أو مراقبة تقدير طرفي العقد لمصلحتهما باعتبار أن الأشياء التي تصلح اعتبارا قد يكون لها قيمة شخصية وهنا يبدو التناقض بين أن تكون فكرة الاعتبار فكرة موضوعية وبين أن يكون معيار الاعتبار شخصيا إلى حد بعيد على أن بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية أباحت أن يحل العقد المكتوب محل الاعتبار . كما اشترطت تعادل الالتزامات وأبطلت بعض الأحكام التزامات لا تتعادل فيها الاعتبارات .

---

(١) لهير . جـ ٢ ص ١٠٨ .

(٢) ستيفن جـ ٣ ص ٥٠ Commentaries of English law .

(٣) لهر جـ ٢ بند ٦٩٩ .

(٤) بولوك في العقود بند ٩٢ — مازو دروس في القانون المدني جـ٢ ص ٢٢٢ — فيليب جيمس المدخل للقانون الانجليزي ص ٢٥٣ .

ويشترط فى الاعتبار أن يكون حاضراً بمعنى أن يطلب وقت العقد فإذا كان الاعتبار سابقاً كخدمة سبق أداؤها فإنه لا يصلح اعتباراً كأصل مع أن القضاء الانجليزى قد اعترف بالالتزام الطبيعى كاعتبار فى حالتين أولاهما إذا كانت الخدمة السابقة قد اتفق عليها وكانت بناء على طلب المدين وحال عذر قانونى دون المطالبة بها فى وقتها وثانيتهما إذا أقر المدين بالالتزام الطبيعى بشرط أن يكون قد استفاد منه[1] ولا يصلح الالتزام الطبيعى اعتباراً لأنه سابق على التعاقد ولأن الدائن به لا يغرم شيئاً فى العقد الحاضر مع أنه قد تحمل الغرم فى المـاضى .

ويشترط أن يـكون الاعتبار مشروعاً ذلك أن القانون الانجليزى لا يسمح بالاتفاقات التى تخالف النظام العام أو الآداب[2] ويجب أن تـكون المساومة فى العقود التبادلية مشروعة وقد أبطل القضاء الانجليزى الاتفاقات التى يكون الغرض منها تعطيل المرافق العامة أو إنشاء علاقات غير مشروعة أو مخالفة للآداب ، ولا يهتم القانون الانجليزى بالبواعث إلا أنه يبطل الاتفاقات التى تخالف النظام العام أو الآداب بالاستعانة أحياناً بعدم مشروعية المحل كالاتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة مع سيدة فهو باطل لعدم شرعية المحل وكذلك تبطل الاتفاقات التى تتخذ وسيلة للوصول إلى غرض غير مشروع إذا كان الطرفان متفقين على ذلك[3] .

وإذا كان السبب كأصل فى العقود هو المقابل المتقوم الذى يبرر خسارة

(١) المدخل للقانون الانجليزى philip s. james الطبعة السادسة سنة ٦٦ ص٢٥٣
(٢) المرجع السابق ، والتون ــ الالتزامات جـ ١ ص ٦٣.
(٣) لهر جـ ٢ ص ٧٤٨ Arnest lehr

الملتزم فإن الهبة بذلك يتعين ألا يكون فيها عنصر الاعتبار ولذلك استبعد القانون الإنجليزى فـكرة الهبة تحت شرط فيجب أن تتم الهبة دائماً بعمل رسمى والوعد المجانى هو الذى لا يطلب فى مقابله عمل أو وعد مقابل عند إنشائه ويتم بعقد مختوم وفى هذه الحالة لا يكون القبول ضرورياً إذ القبول وهو لازم فى عقود المعاوضة يجب أن يحتوى على الاعتبار وبالتالى فإن نية التبرع فى ذاتها لا يكون لها قيمة ما دام اشتراط العمل الرسمى لقيام الهبة قائماً .

خصائص الاعتبار :

وبذلك يظهر أن الاعتبار فى القانون الانجليزى ليس هو السبب بالمعنى الذى نفهمه من كلمة السبب فى التشريعات اللاتينية فهو ما يطلبه الواعد فى مساومته من الطرف الآخر فى العقد كشىء أو تضحية من الطرف الآخر مقابل الوعد وبذلك يمكن أن نجمل خصائص الاعتبار فيما يلى :

١ — أن الاعتبار عنصر داخل العقد وليس أمراً يتعلق بالارادة فهو شىء أو تضحية أو فائدة أو ضرر فهو ما يطلب العاقد فى المساومة وقد يكون شيئاً أو عملا أو امتناعاً عن عمل ولـكنه على أية حال له صبغة مادية أو مقدرة القيمة بالنسبة للعاقدين داخل العقد ولا يبحث عنه خارجه .

٢ — أن الاعتبار عنصر من عناصر العقد فالعقد لا يكون صحيحاً إلا إذا وجد الاعتبار وهو الالتزام المقابل بالمعنى الذى سلف ذكره والاعتبار بهذه الصفة يجب أن يحتويه القبول .

٣ — أن المعادلة لا تهم فى الاعتبار ويكفى أن يطلب بجدية من الواعد . فالقانون لا يبحث التعادل بين الالتزامات .

والقيمة الموضوعية للاعتبار يمكن أن تكون ضعيفة جداً ولكنها تكون ضرورية لصحة العقد والقاعدة التى قال بها دوما « لاشيء بدون مقابل » rien n'est gratuit قاعدة تعد مقبولة فى النظام الانجليزى وعندما يكون هناك اعتبار حسن يجب استعمال العقد المختوم[١] .

وتطور الاعتبار أقل من تطور فكرة السبب فى القانون الفرنسى والسبب له ناحية شخصية فى القانون الفرنسى ولكنه يبدو موضوعياً فى القانون الانجليزى ، وعندما يشترط القانون الفرنسى شكلا معيناً للهبة مثلا فإنه يفترض أن لها سبباً صحيحاً ومشروعاً ولكن فى القانون الانجليزى يعد العقد المختوم عقداً سليماً وصحيحاً ومجرداً .

على أنه فى بلد كانجلترا حيث تمثل عقود المعاوضات غالبية العقود وذلك نظراً لصفة البلد التجارية أكثر من غيرها يبدو العاقد الانكليزى أكثر حماية بالنسبة للتصرف المجرد من العاقد فى ظل القانون الفرنسى فالتصرف المجرد يبطل فى القانون الفرنسى إذا كان غير مشروع ، وفى ألمانيا يبقى التصرف المجرد صحيحاً ولكن تعطل آثاره عن طريق الأثراء بلا سبب[٢] . وفى القانون الانجليزى تبدو قرينة صحة التصرف كأنها قاطعة كما فى القانون الرومانى القديم.

وعلى أية حال فإن القانون الألمانى يبدو أنه يضحى بالصالح الفردى فى سبيل النظام العام واتخذ القانون الفرنسى موقفاً وسطاً[٣] .

---

(١) بواجيزان فى السبب ص ٢٠٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١١ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١١ .

وأساس عدم البحث فى التعادل بين الالتزامات أن القانون يجعل المتعاقدين أساساً فى تقدير مصلحتهما فى العقد فلا يتدخل للبحث عن التوازن فى مضمون العقد ـ جرياً وراء فكرة إطلاق الحرية للمتعاقدين للبحث عن مصلحتهما ـ وأول ما يوجه من نقد إلى فكرة الاعتبار أنها تكاد أن تصبح مجرد قيد شكلى على إرادة المتعاقدين ما دامت هى فى ذاتها لا تخدم مصلحة المتعاقدين ولا تصلح لحماية أحدهما من الآخر .

وظيفة الاعتبار :

على أن وظيفة الاعتبار أو هدف ذلك العنصر من عناصر العقد لم تكن دائماً واحدة فى مراحل القانون العام . ففى بدء تطور القانون العام لم تكن فكرة العقد كمصدر للالتزام قد نشأت وكان للشكل تأثير سحرى[1] إذ كان يكفى لنشأة الالتزام كما أن نشأة الالتزام كانت ترجع أيضاً إلى فكرة أخرى هى أن المدعى عليه قد سبب ضرراً للواعد أو أنه تلقى منه أداء معيناً ولم يدخل القانون إلى السبب فى هذه المرحلة إما لأن الوصول إلى فكرة السبب كانت متعذرة أو لأن القانون لم يشأ أن يتدخل فى أمر كان يعد أمراً خاصاً[2] فكان الشكل أو الضرر أو الفائدة هى العناصر التى تكفى لقيام الالتزام ولم يكن تطلب أحد هذه العناصر يشكل قيداً على حرية التعاقد كما لم يشكل أى مشكلة أمام القانون . أما البحث عن البواعث فكان من وظيفة محاكم العدالة التى يختص بها مستشار الملك[3] وكانت نظرية السبب مقبولة إلى حد ما أمام محاكم

---

(١) مذكرات جورلا gorla ص ١٠٨ فى القانون المقارن .

(٢) المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٣) المرجع السابق ص ١٠٩ .

العدالة بخلاف محاكم القانون العام وكان السبب مفهوماً على أنه « أى سبب لإنشاء وعد يكون جدياً بطريقة تكفى لأن يكون أساساً لدين مشروع »[١]

Any reason for making a premise which appeared serious enough to be the foundation of a moral duty.

وهذه هى فكرة السبب باعتباره أى باعث معقول أو سبب معقول لإنشاء الوعد ، وصفة الجدية فى السبب أو الباعث كمعيار موضوعى تبدو قيدا على الارادة . ثم تطلب الأمر — مادام الاعتبار يقصد به أساس الالتزام — البحث عن نية الالتزام ، وحدودها ومداها إذ يجب التأكد من أن الارادة اتجهت إلى أن تلتزم قانوناً (to assume legal obligation) وعندما وصل الأمر إلى ذلك لم يصبح للشكل تلك القيمة السحرية بل أصبح مجرد علامة على اتجاه الإرادة إلى الالتزام قانوناً[٢] وبذلك أصبح الاعتبار أو المساومة علامة على تلك الإرادة فطلب شىء مقابل الوعد يظهر تلك الإرادة فى الالتزام وعندما يكون الوعد بلا مقابل تظهر إرادة الالتزام فى أن الواعد تحمل المشقة أو بذل مجهودا لإعطاء الوعد شكله الرسمى وبهذه النظرة حل الاعتبار محل الشكل أو العمل المختوم .

وفى الواقع قارب الفقهاء بين الاعتبار وبين الشكل فأصبحا شرطين تبادليين لصحة العقود »[٣] .

Two alternative conditions of the validity of contracts.

ولذلك فإن الوعد بلا مقابل لا يكون له قوة ملزمة إلا بإتخاذ إجراء شكلى

---

(١) جورلا ص ١٠٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٣) المرجع السابق ص ١١٢ .

وقد قبلت لجنة تعديل القانون الانجليزى سنة ١٩٣٨ إقتراحاً بإحلال الكتابة محل الاعتبار سواء كانت الكتابة رسمية أم لم تكن كذلك [١]. كما أن بعض الولايات الأمريكية التى ألغت عملا الشكل الرسمى جعلت الكتابة محله فأصبح الوعد صحيحاً حتى بدون الاعتبار ما دام ناشئاً عن الكتابة فحلت الكتابة بذلك محل الاعتبار فى إثبات إرادة الالتزام قانوناً وهـــذا ما كان القاضى اللورد مانسفيلد قد قرره سنة ١٧٦٥ فى قضية pillans. v. mierop[٢] إذ كان قد قرر أن الاعتبار يتضمن فقط دليلا على إرادة الالتزام قانوناً . غير أن هناك استثناء وهو البحث عن الغرض غير المشروع من التصرف إذ يباح للقاضى أن يبحث عن هذا الغرض فى نية المتعاقدين والواقع أن الاعتبار بهذه الصفة ليس سوى وسيلة لإثبات إرادة الالتزام وليس هو الدافع إلى هذه الإرادة على الالتزام فهو يختلف فى ذلك عن القوانين اللاتينية ، كما أنه بذاته ليس له صلة بالإرادة نفسها فهو عنصر موضوعى فى العقد وقد يستدل به على وجود إرادة الالتزام . كما رأينا أنه لا يؤدى إلى وظيفة التعادل بين الالتزامات لأن ذلك متروك للمتعاقدين كما ذكرنا وهو خلاف جوهرى بين الاعتبار وبين المعاوضة فى الفقه الإسلامى كما سنرى فيما بعد ، وإن كان بعض الباحثين قد جعل فكرة الاعتبار موجودة فى الفقه الإسلامى حيث قرر أن من شروط العقد الصحيح فى الشريعة الإسلامية وجود الاعتبار[٣] .

---

(١) المرجع السابق ص ١١٤ — فيليب جيمس — المدخل للقانون الانجليزى ص ٢٠٤ .

(٢) جورلا ص ١١٤ .

(٣) ماجد قدورى وهربرت ليزنى — نشأة وتطور القانون الإسلامى ج ١ ص١٩٢ — بالانجليزية .

الفصل الخامس

الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى

الشريعة الإسلامية شريعة دينية :

تختلف الشرائع فيما بينها من نواح عديدة فتختلف فى مصادرها فثمة شرائع يقوم فيها التشريع بالدور الأساسى ويكون مصدرها الغالب وذلك كالقانون الرومانى والشرائع المستمدة منه ، وهناك شرائع يكون الغالب فى مصدرها العرف كالشرائع الأنجلوسكسونية ونوع آخر من الشرائع يكون مصدره إلهياً فيكون التشريع سماوياً كالشريعة الإسلامية . وتختلف الشرائع فيما بينها أيضاً فى القواعد الموضوعية التى تنظم موضوعاتها المختلفة فتذهب كل شريعة فى تنظيم موضوع معين إلى المذهب الذى تراه متفقاً مع صالح الجماعة متأثرة فى ذلك بعوامل عديدة منها الجنس أو الظروف الطبيعية أو البيئة التى يسرى عليها التشريع كما تختلف الشرائع علاوة على ما سبق من ناحية الروح التى تملى وضع بعض النظم كما هو الحال فى الفارق بين تشريعات الأمم التى تأخذ بالنزعة الفردية وتشريعات الأمم التى تأخذ بالنزعة الجماعية أو الاشتراكية على أن الغالبية العظمى من الشرائع التى تطبق فى الوقت الحاضر بينها عوامل للتشابه ولا يدخل فى ذلك بطبيعة الحال الشريعة الإسلامية ذلك أن لها أصولها الخاصة التى نبعت منها غير مشتركة فى شريعة أخرى فيها[1] .

---

(١) فالشريعة الإسلامية هى شريعة الإسلام وليست شريعة أمة من الأمم أو مجموعة من الشعوب وقد ذهب البعض إلى تأثرها بالقانون الرومانى فى البلاد التى كان يحكمها هذا القانون عند فتح الإسلام كالشام ومصر وانتهت هذه الدعوى إلى تقرير ما قدمناه (بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى — دراسات إسلامية للدكتور صوفى حسن أبو طالب رقم (١)

وقد ذهب بعض علماء القانون عند البحث فى تقسيم الشرائع إلى تقسيمها بحسب الجنس الذى سادت عليه كما ذهب البعض إلى تقسيم الشرائع بحسب تأثرها بالقانون الرومانى أو القانون الجرمانى أو عدم تأثرها بأحد هذين التشريعين وهو مذهب جلاسون فى تقسيم الشرائع إلى ثلاث فئات ، وذهب بعض العلماء إلى تقسيم الشرائع أو النظم القانونية فى العالم إلى خمس نظم هى الشريعة الغربية والشريعة السوفيتية والشريعة الإسلامية والشريعة الهندية والشريعة الصينية وذهب آخرون إلى تقسيمها إلى ثلاث شرائع هى الشرائع الغربية والسوفيتية والدينية كالشريعة الإسلامية والقانون الكنسى والهندى ، أما القانون الصينى فهو فريد فى فلسفته وذو تأثير ضعيف فى قوانين العالم[1] .

على أن أى تقسيم من التقسيمات السابقة فى نظرنا لا يدخل فيه الشريعة الإسلامية اللهم إلا التقسيم الذى يدخلها ضمن التشريعات التى يكون مصدرها دينيا فهذا ما لا خلاف فيه من أحد . أما التقسيم بحسب الجنس فإن الأصل فى الشريعة الاسلامية أن أحكامها تصلح للبشر جميعاً دون جنس معين أو لون معين وهذا ما لا خلاف فيه من أحد لأنه أصل من أصول الشريعة والفقه معاً . كما أن التقسيم الذى قال به جلاسون لا يصلح إلا فى النوع الثالث منه ، أعنى أن الشريعة الاسلامية لم تتأثر فى نشأتها أو تطورها بالقانون الرومانى أو غيره ، وهذه الدعوى التى أثارها البعض قد انتهى أمرها عند علماء القانون بنفى ذلك التأثير[2] فقد كان فى الفقه الاسلامى بمذاهبه المتعددة خلافات عديدة

---

(١) أصول القانون المدنى المقارن للدكتور عبد المنعم البدراوى سنة ١٩٥٩ ص ٢٩٨ .

(٢) شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٨٥ والدكتور صوفى حسن فى تاريخ النظم القانونية ص ٢٩٥ وما بعدها — المدخل فى الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٣٠ وما بعدها وما أشار إليه من مراجع فى الهامش .

تتعلق بالفروع أو حتى بطرق الاستدلال عليها وعلى قدر ما أجهد الفقهاء المسلمون أنفسهم فى الاستدلال لرأيهم فإننا لا نجد أى أشارة من أحدهم للاستناد إلى قاعدة من قواعد القانون الرومانى فيما لا نص فيه أو لتأييده فيما يذهب إليه عند وجود النص .

ولا جدال عندنا أن الشريعة الإسلامية تتميز بصياغة لا تتشابه مع شريعة من الشرائع ، ويرجع ذلك فى الأصل إلى أن مصدر هذه الشريعة مصدر إلهى فى جميع أحكامها سواء ماتعلق بالعبادات والشعائر الدينية أو ماتعلق بالمعاملات بين الناس على اختلاف أنواعها وسواء كانت هذه المعاملات مالية أو تتعلق بالأحوال الشخصية أو كانت علاقة الحاكم بالمحكوم أو علاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم ، فكل ذلك مصدر التشريع فيه إلهى وليست هناك شريعة دينية بالمعنى المتقدم سوى الشريعة الإسلامية دون غيرها ، ذلك أن الشرائع التى تستند إلى دين من غير الأديان الكتابية كالقانون الهندى لا تستند إلى نصوص هذا الدين بقدر ما تستند إلى عادات وتقاليد نشأت فى ظل هذه الديانة مما يجعله متأثراً بعوامل تتعلق بالبيئة والزمن . كما أن القانون الكنسى لا يستند مباشرة إلى نصوص الإنجيل أو أقوال الرسل بقدر ما يستند إلى آراء وقرارات المجامع الدينية التى كانت تجتمع لبحث موضوع أو موضوعات معينة كما فى بعض مسائل الأحوال الشخصية — إذ أخذت المجامع الكنسية مثلا تعلن تحريم الطلاق فى جميع الأحوال ، واستقر فقه الكاثوليك على تحريمه حتى مع علة الزنى منذ القرن الثانى عشر[1] ، وذلك بدعوى تفسير كلام انجيل متى بما يجعله غير متناقض مع الرأى السابق — بالقول بأن السيد المسيح إنما قصد الهجر

(١) مذكرات الأستاذ حلمى بطرس فى الأحوال الشخصية ص ١١١ .

والفرقة بين الزوجين أى نظام الانفصال الجثمانى وليس الطلاق بمعنى فصم عرى الزوجية . كما أن الفقهاء الكنسيين وإن تعرضوا لبعض مسائل القانون فيما يتعلق بالمعاملات وأسهموا فى انتشار بعض القواعد القانونية العامة مثل نظرية الرضائية فإن أحداً لم يدع أن الشريعة المسيحية جاءت بنظام كامل لحياة الإنسان فى عباداته ومعاملاته وعلاقاته حتى علاقة الأمة بغيرها من الأمم ذلك أن الدين المسيحى قد هبطت رسالته فى عصر لا يحتاج فيه إلى التشريع بقدر ما يحتاج إلى إصلاح القائمين على التشريع الذى كان قائماً فعلا كالقانون الرومانى والشريعة اليهودية ثم اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية زمناً وأمكن الكنيسة عن طريق ذلك أن تفرض بعض القواعد القانونية التى خرّجها فقهاء الكنيسة تخريجاً من المثل والقيم المسيحية فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى ، وهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحى نفسه كما سبق أن ذكرنا وإنما مصدره الكنيسة نفسها .

الأصول العامة للفقه الإسلامى :

ويتميز الفقه الإسلامى بأصوله العامة ذلك أنه متى وجد الفقه فلابد أن يكون هناك منهج للاستنباط وحيث كان المنهاج يكون هناك حتما أصول الفقه[1] وقد كان الإمام الشافعى أول من دون أصول الاستنباط وضوابطه من فقهاء الجمهور وقبله لم تكن هناك أصول عامة وقواعد كلية يهتدى بها عند كثرة المسائل الفقهية وتفريعاتها فجاء الشافعى وميز القواعد الفقهية ووجه الناس إلى العمل بالحديث وأعطى له مكانته الأولى فى الفقه[2] والجمهور من الفقهاء يقرون

---

(١) أصول الفقه الجعفرى للاستاذ محمد أبوزهرة . المقدمة.

(٢) نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى لعلى حسن عبد القادر ص ٢٦٦ — ٢٦٩ .

للامام الشافعى بوضع وتدوين علم أصول الفقه قال الفخر الرازى فى مناقب الشافعى ص ٥٧ : « استنبط الشافعى علم أصول الفقه ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه فى معرفة مراتب أدلة الشرع »[١] فقد سبق بوضع المناهج وإن كانت موجودة من قبل ذلك . إلا أن بعض الشيعة الإمامية يخالفون الجمهور فلايقرون للامام الشافعى بأسبقيته ، وقالوا إن أول من ضبط أصول الاستنباط وأملاها لتلاميذه الإمام محمد الباقر على زين العابدين وجاء من بعده ابنه الإمام أبو عبدالله جعفر الصادق- على أن الثابت كما ذكرنا أن الإمام الشافعى هو أول من صنّف فى أصول الفقه وذلك فى الرسالة وقد كتبت بخط الربيع بن سليمان وكتبها فى حياة الشافعى .

على أنه ليس معنى ذلك أن القواعد الفقهية العامة لم تكن معروفة من قبل تدوين علم أصول الفقه بل كانت هذه القواعد فى أذهان الفقهاء وكثيراً مادارت المناقشات بين الإمام أبى حنيفة والإمام الأوزاعى فى هذه الأصول . وقد جمع أبو طاهر الدباسى الفقيه الحنفى فى العراق أهم قواعد الإمام أبى حنيفة فى سبعة عشر قاعدة وأكملها الإمام الكرخى الفقيه الحنفى إلى سبع وثلاثين قاعدة وجاء من بعده الإمام الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ . وهو حنفى للمذهب أيضاً وألف كتاب تأسيس النظر مشتملا على ست وثمانين قاعدة وقد عده علماء أصول الفقه من كتب الأصول[٢] .

وقد كانت القواعد معروفة قبل زمن الإمام الشافعى بكثير فعرف منها

---

(١) مقدمة الرسالة للشافعى .

(٢) المدخل فى الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ١٨٤ — ١٨٥ .

البذر اليسير فى عهد الصحابة وسار التابعون عليها ثم اتسعت القواعد الأصولية فى القرن الثانى الهجرى فى عصر المجتهدين الأربعة أصحاب المذاهب وفى ذلك العصر دون الشافعى قواعد أصول الفقه[١] .

ويقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة إن أحداً لم يدع أن الإمام محمد الباقر كان أسبق من الإمام الشافعى فى تدوين قواعد علم الأصـــول بل سبق الإمام الشافعى بالتصنيف[٢] فى هذا العلم وتدوين قواعده ليصير قانوناً كلياً للمسائل فى فروع الفقه .

ارتباط الفقه بقواعد العدالة :

ويميز الفقه الإسلامى أنه فقه قائم على أساس الدين الإسلامى فهو يمزج بين فكرتى القانون والدين وينتج عن ذلك امتزاج القانون بالأخلاق ثم امتزاج بين القانون وأحكام العدالة وهذا التوفيق كان موجوداً فى القانون الرومانى ولا يزال المزج بين أحكام القانون والعدالة قائماً فى انجلترا إلى اليوم وصار من اللازم أن توجد قواعد تخفف من شدة القانون أحياناً ولذلك وجد « البريتور » عند الرومان ، ومحاكم العدالة عند الانــكليز — كما أن الشريعة الإسلامية شريعة جماعية رغم عنايتها الظاهرة بالفرد وتمزج بين فــكرتى الحق والواجب وهى شريعة مرنة تقر التطور إلى حــد بعيد[٣] وليس فى الفقه

---

(١) أصول الفقه للاستاذ زكريا البرديسى .

(٢) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فى أصول الفقه فقرة ٩ وراجع زكى الدين شعبان فى أصول الفقه ص ١٤ — ١٥ .

(٣) الدكتور عبد الرحمن البزاز أحاديث فى الفقه والقانون طبعة بغداد سنة ١٩٥٨ ص ١٠٦ — ١١٩ .

الإسلامي ما يغض من قيمته إذ كان قائماً على أساس الدين لأن القوانين التى تستمد من الدين تكون أمس بالوجدان ومن شأن ذلك أن يقلل الفرار من أحكامها لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار ، كما أن ربط القانون الإسلامي بالدين جعله مرتبطاً كل الارتباط بقانون الأخلاق وقد كان ارتباط القانون بالأخلاق فى ذاته حلماً للفلاسفة والمصلحين وذلك فضلا عن أن استمداد القانون من الدين جعل سلطانه شاملا للحاكم والمحكوم وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام فيها مطلقة فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً على الحاكم وتهذيباً للمحكوم[1] .

الصناعة الفقهية للقانون الإسلامي

ومن ناحية الصياغة الفقهية فقد بلغت عند الفقهاء المسلمين حداً عاليا من الدقة فى الصياغة ويرجع ذلك فى نظرنا إلى المواهب الشخصية التى كان يتمتع بها الفقهاء الأعلام وشدة الرغبة فى تحرى الدقة وبيان وجه الحق فى حكم الشريعة باعتبار ذلك واجباً دينياً فى المقام الأول وقد أدى ذلك إلى ظهور نماذج من الصياغة لا نظير لها فى أى فقه آخر[2] فقد ميز فقهاء المسلمين بين الحق والرخصة واعتبروا أن الرخصة أدنى مرتبة من الحق كما ميز الفقه الحنفى عند تناوله أحكام العقود من حيث الصحة والبطلان مرتبة ثالثة هى الفساد ، فالعقد الفاسد

---

(١) مقدمة كتاب الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبوزهرة . وراجع الدكتور سلام مدكور فى المدخل للفقه الإسلامي ص ٣٩ — ٤٠ ومحمد يوسف موسى فى الأموال ونظرية العقد ص ٢٠٣ .

(٢) وكان للفقه أثره فى بحث حجية الاجماع وعده مصدراً من مصادر الشرع — المدخل للعلوم القانونية للبدراوى طبعة بيروت ص ٣٥٦ — ٣٦١ .

عند الأحناف إذا لم يكن عقداً صحيحاً فهو عقد له وجود مادى ووجود شرعى يجعله قائماً ، ويصح أن يفيد أثره باتصال واقعة كالقبض به ، وقد كان ذلك التصور لمرتبة بين الصحة والبطلان فى الفقه الحنفى مبنياً على صياغة فقهية أوجبت لديهم التفريق بين أصل العقد ووصفه — وأصل العقد عندهم هو الرضا والوصف قد يكون راجعاً إلى المحل أو الرضا أو الشرط فى العقد ، فإذا اختل وصف من أوصاف العقد كأن يدخله شرط فاسد أو يشوب الرضا عيب الاكراه فقد اختل وصف العقد وإن كان قائماً بركنه ، ولذلك كانت للعقد الفاسد آثار منها أنه يفيد الملك عند اتصال القبض به .

ويرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى أن الفقه الحنفى أراد فى الواقع أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً للبطلان فى العقد فهو بتمييزه بين الأصل والوصف جمع تحت الوصف الغرر والربا والشروط الفاسدة وعزلها من أصل العقد وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط فميز بذلك بين ماعده أصلا فى العقد وبين ماعده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأناً من الأصل وبذلك أضعف الأثر الذى يترتب على الربا والغرر والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد ، فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ثابتة وهى أسباب متطورة تطورت فعلا وكانت فى سبيلها إلى التطور وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها فى التطور ، ولم تتابع المذاهب الأخرى المذهب الحنفى فى تمييز العقد الباطل من العقد الفاسد[1] على أن هذه التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى الآثار عند المذهب الحنفى فقط ليست بالفارق الكبير بينه وبين المذاهب الأخرى ، ذلك أن عقد المكره فى البيع مثلا لا ينقل

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للاستاذ السنهورى جـ ٤ ص ٢٠٨ ومابعدها .

الملكية للمشترى بالقبض ، باعتباره تصرفاً شرعياً وإنما ينقل الملكية العقد الفاسد المقترن بإذن المالك باعتبارهما معاً واقعة مادية إذ لوكان عقد البيع الفاسد هو الذى ينقل الملكية إلى المشترى باعتباره تصرفاً قانونياً لنقلها إليه بالثمن المسمى بالعقد ولكنه نقلها بالقيمة أو ثمن المثل ، فالعقد الفاسد إذا فى حكم الواقعة المادية التى يرتب الشارع عليها أثراً حماية لحق الغير[١] ومن ناحية أخرى فليس للتفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد أهمية تذكر وهى فى نظرنا لا تمثل أكثر من دقة بالغة فى الصياغة الفقهية إذ يتفق العقد الفاسد مع العقد الباطل فى أن الشارع لا يعتبرهما ، جاء فى فتح القدير « مقتضى عدم شرعية وصف العقد أن الشارع يكره أمثال هذه العقود ويأمر برفعها فلكل من الطرفين حق فسخ العقد الفاسد لأن رفع الفساد واجب عليهما ولا يشترط حكم القاضى لفسخ العقد وللقاضى أن يفسخه جبراً »[٢] .

فإذا كان الأمر كذلك أصبح الفارق ضئيلا بين المذهب الحنفى والمذاهب التى لم تعرف وصف الفساد فى العقد ، إذ ما دام العقد الفاسد لا يحتاج إلى قضاء بفسخه ، ويجب عليهما رفعه ، ويرفعه القاضى جبراً عن المتعاقدين ، فهذه الآثار بذاتها هى أحكام البطلان المطلق فى القانون وتكون الآثار التى يرتبها الفقهاء على العقد الفاسد هى بوصفه واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً معتبراً من الشارع ، قال الغزالى فى المستصفى « الفاسد مرادف للباطل عند أصحاب الشافعى وكل باطل فاسد[٣] .

---

(١) وحيد سوار فى التعبير عن الارادة هامش ص ٢٩٨ .

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٢٧ .

(٣) المستصفى جـ ١ ص ٦١ .

قابلية الفقه للتطور في الزمان والمكان :

ولم يفت الفقه الإسلامي منذ نشأته الأولى أن النصوص تتناهى والوقائع لا تتناهى ومن ذلك تحديد عقوبة شارب الخمر عن طريق الاجتهاد أو هو التشريع على وجه أدق فلم يرد فى شارب الخمر حد مقرر ، ولما كان الحال يدعو لتحديد عقوبته قايس المجتهدون بين هذه الجريمة وبين غيرها مما يشابهها، روي أن الإمام علي بن أبي طالب قال فى عقوبة شارب الخمر «أراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون» فكان ذلك نظراً إلى قدر الجريمة بقياسها إلى غيرها[1] مما وردت عقوبته ، وذلك حتى يكون العقاب على قدر الجرم ، وليس فى تقدير الجرم نظر أسلم من تقدير معقباته والعقاب على قدر هذه المعقبات ، وقد كان إدراك الفقهاء المسلمين لتناهى النصوص منذ نشأة الفقه الإسلامى أثر بالغ فى صياغته ، ذلك أنه ما دامت النصوص تتناهى فلا بد من مصادر أخرى للفقه تبين حكم الله فى الواقعة ولا بد أن تكون هذه المصادر مما لا يتناهى بطبيعتها، وإذا اعتبرنا أن كل مصادر الفقه الإسلامى ترجع إلى النص فإن مصدراً كالمصلحة المرسلة يفتح الباب لتطور هذا الفقه من الناحية الموضوعية إلى آخر مدى، ولم يفت الفقهاء المسلمين أن يضعوا الضوابط للأخذ بهذه المصلحة فالاستصلاح هو استنباط الحكم فى واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها أو إلغائها ومن أمثلتها كثير مما فعله الصحابة رضوان الله عليهم مما لم يرد فيه نص ولم يؤثر فيه إجماع مثل اتخاذ السجون وسك النقود وإنشاء الدواوين ، والواقع أن الصحابة والخلفاء

---

(١) على أن هذا التحديد يعتبر ثابتاً بالإجماع وهو دليل قطعى ، وإن كانت المناسبة ظاهرة فى الوصول إلى تحديد العقوبة بعدد معين من الجلدات .

الراشدين ومن تابعهم قد شرّعوا بناء على مطلق المصلحة، ثم تناول الفقهاء هذا المصدر فذهب الإمام مالك وأحمد بن حنبل[1] إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها تصلح لأن يبنى عليها الاستصلاح وتطرف أحد فقهاء المذهب الحنبلى وهو نجم الدين الطوفى فذهب إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعى الأساسى فى المعاملات بل سبيل للتشريع فيما لا نص فيه وفى حالة وجود النص فإنه حيث وجدت المصلحة فى السياسات الدنيوية فثم وجه الشرع، وأما الإمام الشافعى فكان لا يأخذ بالاستصلاح كالاستحسان وقال « من استصلح فقد شرّع »، أما المشهور عن الحنفية فهم لا يأخذون بالاستصلاح مع أنهم من أهل الرأى وقالوا بالاستحسان، غير أن علماء الأصول قد حددوا شروطا للاستصلاح تصلح بذاتها شروطا يضبط بها التشريع فى كل زمان ومكان لأنها شروط عامة تهدف إلى جعل التشريع محققا لغايته فأول شرط فى الاستصلاح أن تكون المصلحة مترتبة على الحكم قطعا فلا تكون المصلحة مظنونة أو متوهمة وثانى هذه الشروط أن يكون الحكم موضوعا لمصلحة الناس جميعا وليس لمصلحة فرد أو طائفة، وفى ذلك ضمان لشرعية الحكم والتسوية بين الناس. وثالث هذه الشروط ألا يبنى الحكم على وصف شهد الشارع بإلغائه، وهذا الشرط يتفق مع ترتيب أدلة الشرع فى الفقه الإسلامى فلا يكون هناك

---

(١) راجع نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور سلام مدكور ص ٢٤٤ — ٣٤٧ — والمدخل للفقه الاسلامى، وقد اختار اعتبار المصلحة فى التشريع إذا لم تصادم نصاً أو إجماعاً من غير اشتراط الشبه بالنصوص، وفى ذلك توسعة فى التشريع.

تشريع يخالف نصاً من الكتاب أو السنة أو إجماعاً أو قياساً على مثل ماتقدم . غير أنه قد نسب إلى الإمام الشافعى القول بالاستدلال المرسل وهو الذى يرجع إلى الاعتداد بالقواعد الشرعية التى تؤخذ من تصرفات الشارع عامة وإن لم يدل على اعتبارها شاهد معين وبذلك يكون الإمام الشافعى من القائلين بالمصالح المرسلة[١] غير أن الاستصلاح مع الشروط التى ذكرناها فيما تقدم يكون بعيداً عن الأهواء ومحققاً لصالح المكلفين بالتشريع ومصدراً لا ينتهى من مصادر الأحكام يكفل للفقه الإسلامى تطوراً دائماً لا تحده إلا مصلحة من يشرع لهم الحكم وهو الهدف الأمثل لكل تشريع ، قال الإمام الشاطبى فى الموافقات « هذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات ولا لاجابة داعى الهوى[٢] » .

النظريات العامة فى الفقه الإسلامى :

وإذا كان الفقه الإسلامى فى مجموعه لا يتعرض للنظريات العامة بل يجب استنباط هذه النظريات من المسائل والفروع[٣] فإن هناك فوارق عديدة بينه وبين أى فقه آخر غنى بالنظريات ، ذلك أن الفقه الإسلامى لم يصل إلى ماوصل إليه من رقى ودقة فى الصياغة عن طريق تطور تاريخى طويل ، إذ أنه فى تشريع المعاملات مثلا فإن القواعد العامة قد وردت فى النصوص

---

(١) على خلاف ذلك الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه ابن حنبل ص ٢٠٣ .

(٢) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٢٦ — ٢٧ .

(٣) القانون فى الشرق الأوسط لماجد قدورى وهربرت ليبزنى

Law in the middle east Origin and developpment of Islamic law V. I. p. 192.

وهى بذاتها تتضمن النظريات ، ولم يكن هناك من الفقهاء المسلمين من يتجاوز دوره إلى الحد الذى يقرر فيه قواعد عامة موضوعيـــة دون أن تـكون هذه القواعد بذاتها أو بما ترجع إليه منصوصاً عليها فى القرآن أو السنة ، ومتى كانت الحاجة الاجتماعية هى التى تخلق النظم القانونية فإن هذه لا تنشأ ولا تتطور إلا من أجل تحقيق مصالح عملية تنتظر منها دون أن يلتفت أولا إلى النظريات فى ذاتها وما فيها من صياغة ، وغالباً ما تظل النظرية نفسها تابعة للمصلحة التى دفعت إلى إيجادها « إن النتيجة أولا أما المبدأ فيأتى بعد ذلك »[1] ومتى كان الأمر كذلك اتضحت لنا المبادىء والنظريات التى كانت توجه الحلول فى الفروع التى ترد فى كتب الفقه الإسلامى وظهر لنـا بجلاء أن هذه المبادىء لم تـكن تغيب عن الفقهاء المسلمين وأنها كانت ضابطة عنـــدهم للفروع والمسائل مهيمنة عليها .

على أن علماء القانون قد أخذوا فى مطالع القرن العشرين يشعرون بفساد النظرية التقليدية التى تُرجع إلى القوانين لحسب فضل الـكشف عن كل حكم ضرورى لحاجات الحياة الاجتماعية ، فقد قال أصحاب هذه النظرية عند ظهور مجموعة نابليون « إن التشريع الرسمى وحده يكفينا للـكشف عن جميع الأحكام القانونية الضرورية للحياة الاجتماعية[2] » ، ونبذ بعض الفقهاء من متبعى هذه النظرية من مصادر الأحكام ما أسماه المصادر غير الصحيحة التى أقيمت غالباً مقام إرادة الشارع وقد عدد منها الاجتهاد والمذاهب القديمة منها والحديث والعرف الذى لم تدل عليه صراحة أحكام القانون وكذلك فـكرة العدالة

---

(١) سالى الشخصية القانونية ص ٤٢ الطبعة الثانية .

(٢) معروف الدواليبى المدخل إلى علم أصول الفقه ص ٣٣٢ .

والمصلحة العامة ، والواقع أن هذا النظر يدل على فساد فى التفكير القانونى وحسبنا أن نقارن هذا القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية تنبهوا منذ نشأتها إلى تناهى النصوص وعدم تناهى الحوادث ، بل أن الشريعة الإسلامية لم تتقيد فى الاجتهاد بما كان قياساً محضاً أو محمولا على النص[1] ، وأخذ الفقهاء المسلمون منذ فجر الإسلام بالقياس المحض كما أخذوا بالاستحسان أو الاستصلاح ونصوا على تغير الأحكام بتغير الأزمان والأعراف مما جعل الفقه الإسلامى يساير حاجات المجتمع ، وذلك كله رغم أن الأحكام التى وردت فى الكتاب والسنة هى بطبيعتها أحكام عامة ولم يكن الفقهاء فى حاجة إلى استنباط النظريات والقواعد ، وقد وردت بها النصوص صراحة وليس لتأصيل النظريات وتقعيد القواعد فى ذاته قيمة وقد ذكر أحد الفقهاء الكبار فى هذا النظر « إن تحديد قواعد الطريقة لم يكن فى يوم ما هدفاً لنقاش ذى شأن وفى حقيقة الأمر أن مسألة تقعيد القواعد لم يكن لها فى تاريخ المذاهب القانونية شأن يذكر وأن النقاش يدور دائماً حول لب المسائل وحول قيمة الحجج الموزونة بميزان المنطق لا حول طرائق اختيار الحلول[2] ».

ونرى أن طريقة تدوين الفقه الإسلامى ساهمت إلى حد كبير فى الصبغة التحليلية التى تغلب عليه فقد دون من تلقوا عن الفقهاء ما تلقوه عن أئمتهم حسب ما ألقى إليهم سواء فى صورة فتاوى أو فى صورة قواعد ثم تولى غيرهم

---

(١) المرجع السابق ص ٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق نقلا عن كتاب طريقة التفسير ومصادر القانون الخاص « للأستاذ فرنسوا جينى » .

الشرح أو الاختصار فالتزموا بما كان من قبل فى هذا التدوين[١] وقد كان الفقه الإسلامى فى مجموعة إجابة لمسائل عديدة حدثت أو كان من الممكن أن تحدث، وأريد به بيان الحل الصحيح وليس استعراض النظريات أو القواعد دون صلة بما كان من حاجات المجتمع الذى يعيشون فيه، ولم يكن الفقهاء أو من دونوا لهم عاجزين عن وضع النظريات والتأليف فى الكليات، وحسب الإمام الشافعى أنه أول من دون فى علم أصول الفقه وهو علم من الكليات تضبط به مصادر التشريع ومقاصد الشارع .

وأكثر من هذا دليلا على ما تقدم أن مصادر التشريع الإسلامى عدا النصوص والاجماع قد بنيت كلها على ما تنبه إليه الفقه الإسلامى منذ نشأته من أن النصوص تتناهى والحوادث لاتتناهى .

المصطلحات الفقهية :

وأما من ناحية المصطلحات الفقهية فإن الحاجة لم تكن ألحّت فى عهد الصحابة والتابعين إلى وضع المصطلحات وتحديدها ولم يكن الفقه فى ذلك العهد افتراضيا بل كان فقها عمليا لم تكن به حاجة إلى استعمال مصطلحات خاصة أو ألفاظ معينة للدلالة على الأحكام، فقد سأل رجل عثمان بن عفان رضى الله عنه عن الجمع بين الأختين فى ملك اليمين فقال عثمان « أحلتهما آية وحرمتهما آية أما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك » فخرج من عنده فوجد رجلا قيل أنه على بن أبى طالب فسأله فى ذلك فقال : لو كان لى من الأمر شىء ثم وجدت أحداً فعل

---

(١) وذلك واضح وظاهر فى أمهات كتب الفقه في المذاهب المختلفة وقد بالغ بعض المتأخرين من فقهاء المذاهب فى الاختصار المخل أو التطويل الممل — يراجع مذكرات الأستاذ الشيخ فرج السنهورى فى تاريخ الفقه الإسلامى للدراسات العليا سنة ١٩٥٨ ص ٦٣ — ٦٩ .

ذلك لجعلته نـكالا[1] وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن المرأة وابنتها فى حكم اليمين « لا أحب » ونهى عن ذلك .

وفى عصر نشأة الفقه وازدهاره لم تـكن آراء الفقهاء من حيث حكمهم فيها تتفق تماما مع اللفظ الذى يقرنون به الحـكم ، ولعل حالة المجتمع المسلم إذ ذاك وحرصه على معرفة حكم الله ورغبة المـكلف فى البعد عن الشبهات فيما يحرم عليه، كانت تدع ضرورة وضع مصطلح بحكمه، وكثيراً مااستعمل الامام الشافعى كلمتى يجوز أو لا يجوز وكلمتى لا بأس أو لا خير فيه ، وقد يقصد بذلك الجواز شرعا وعدم الجواز ، والامام ابن حنبل فيما نقل عنه قال : « يكره أن يتوضأ فى آنية الذهب » ومذهبه عدم الجواز وقال « إذا كان أكثر مال الرجل حراما فلا يعجبنى أكله » وكان الامام مالك يذكر أنه لا ينبغى لأحد أن يبتاع سلعة من آخر بعشرة دنانير نقدا إلى أجل ويريد بقوله لا ينبغى أنه لايجوز، ويقول الأمر المـكروه الذى لااختلاف فيه أن يكون للرجل على الرجل الدّين إلى أجل فيضع عنه بعض دينه و يعجله المطلوب[2] وكان الفقهاء يعبرون عن معنى الالتزام بلفظ الحق ذلك أن لفظ الحق يشمل فى الواقع جميع الحقوق المالية وغير المـالية ويتناول جميع أنواع الحقوق ، كما كانوا يستعملون لفظ الواجب والوجوب للالتزام من ناحيته السالبة ، وقد تـكلم الفقهاء فى حوالة الدين عن انتقال الواجب من ذمة إلى أخرى[3] .

---

(١) محمد يوسف موسى محاضرات فى الفقه الاسلامى طبعة سنة ١٩٥٥ ص ١٠٤ — ١٠٥

(٢) المرجع السابق ص ١٠٦ — ١٠٧ .

(٣) شفيق شحاتة — النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ١٨٧ — ١٨٩

فقه المعاملات والعبادات :

على أن صياغة الفقه الاسلامى فى تشريع المعاملات تختلف عن الصياغة فى تشريع العبادات من ناحيتين أولاهما أن الصياغة فى تشريع المعاملات أكثر اعتمادا على الرأى وتقدير الحاجات العملية وأحوال الناس وأعرافهم وعاداتهم فى المعاملات،وإن كانت أسسه ومصادره دينية إلا أنه لايكاد يختلف فى قواعده وتفريعاته عن أى تشريع مدنى فى المعاملات إلا فى مسائل معينة قليلة نسبيا كحكم الربا وعدم اعتبار بعض الأشياء المحرمة من حيث المالية،بخلاف التشريع فى العبادات فإن صياغته أكثر ميلا إلى الشكلية والتقيد بالألفاظ الواردة فى مواضعها مما جعل بعض المسائل فى كتب الفقه فى العبادات تغرق فى التحليل وافتراض الفروض البعيدة أوالتفصيلات العديدة،ويرجع ذلك إلى أن العبادات لا مجال فيها للأخذ بالرأى أو النظر العقلى وأنها لأهميتها الفائقة فإن الفقه كان يجرى بحثها بتفصيل لأحكامها قد لا يكون مناسباً فى أبواب المعاملات، ولذلك فإن الفقه الإسلامى فى أبواب العبادات أقرب إلى الشكلية بينما يتحرر من ذلك فى أبواب المعاملات . ثانيهما : أن صياغة الفقه الإسلامى فى تشريع المعاملات تحمل قدراً كبيراً من المرونة فى التفكير القانونى ، وهذه كلمة حق ، فالتشريع الإسلامى فى المعاملات وفقه هذا التشريع يحمل فى ثناياه جميع اتجاهات التشريع فى القانون المدنى المعاصر ، فإذا نظرنا إلى التشريع المدنى المصرى وهو حتى سنة ١٩٤٩ م لم يكن مستمدا من الفقه الاسلامى إلا نادراً نجد أن هذا التشريع قد مر بمراحل ثلاثة ، ففى المرحلة الأولى سيطرت عليه عوامل الاقتباس والتقليد إذ اقتبس التشريع المدنى المصرى من التشريع الفرنسى أساسا ، ثم المرحلة الثانية عند وضع القانون المدنى الحالى ولم يعتمد فيه المشرع

على القانون الفرنسى أساساً بل على القانون المقارن وعلى فقه الشريعة الاسلامية فى بعض الأحكام كتبعة الهلاك فكانت عوامل العلم والصياغة هى التى سيطرت على هذه المرحلة[١] .

والمرحلة الثالثة هى التى سيطرت فيها العوامل السياسية والاقتصادية فى التشريع بعد الثورة المصرية سنة ١٩٥٢ .

ولقد كان الاتجاه الأساسى للتشريع المدنى فى العقد وهو أهم أبواب المعاملات جميعا تسيطر عليه فكرة سلطان الارادة ، ولم يكن يحد هذا المبدأ تقريبا سوى فكرة النظام العام وحسن الآداب وكان البعض رغم ذلك يحاول تضييق مجال النظام العام وحسن الآداب إلى حد حصر حالاتها ،فكان الغبن لا يعتد به بين ذوى الأهلية إلا ما استثنى بنص خاص ، وكان التعاقد متروكا للمتعاقدين فكل منهما يقع عليه حماية مصلحته ولا شأن للمشرع بما يصلان إليه ولم يكن المشرع يعبأ بتحقيق المساواة الاقتصادية إلا فى الأحوال النادرة كوضع حد أعلى لسعر الفائدة أو وضع القواعد التى تكفل حماية المدين عند التنفيذ على أمواله ، ولقد بالغ المشرع فى التقنين المدنى المصرى القديم فى حماية الدائن فكانت الأحكام التى قررها فى شأن عقد الايجار للأشخاص مثلا لا تكاد تحرم على صاحب العمل شيئاً سوى الايجار المؤبد وفى شأن إيجار الأطيان الزراعية لم تكن الأجرة محددة ولم يربطها المشرع بحد أقصى أو بمدة معينة .

فإذا نظرنا إلى عيوب هذه الصياغة ، والتى لجأ المشرع فى المرحلة الثالثة من

---

(١) انظر مقالا للأستاذ وديع فرج فى الاتجاهات الأساسية للتشريع المدنى فى الخمسين سنة الأخيرة » منشور فى بحوث العيد الخمسينى للجمعية المصرية للاقتصاد والتشريع ص ٦١٩ وما بعدها .

تطور التشريع المدنى إلى علاجها بتشريعات جزئية فيما يتعلق بعقود العمل وعقود إيجار الأراضى الزراعية وإيجار الأماكن ، وجدنا أن الفقه الاسلامى يحمل حقا كل اتجاه من اتجاهات التشريع الجديدة ، الأمر الذى يؤكد مرونة الفقه الاسلامى وقابليته للاستمداد منه فى المراحل الأكثر تقدما للقانون المدنى[1] ذلك أن الفقه الاسلامى يعرف التوازن فى مضمون العقد عن طريق أحكامه فى الربا وعقود الغرر والشروط العقدية فكل ذلك يتجه كما سنرى فى صلب البحث إلى تحقيق التوازن فى مضمون العقد ، فمبدأ سلطان الارادة فى الفقه الاسلامى لا يمكن أن يستجيب لاستغلال طرف من أطراف العقد للآخر سواء كان المدين أو الدائن ، ذلك أنه إذا كان ميدان التعاقد متروكا للمتعاقدين فى القانون المدنى ولا يكاد الشارع يحفل بتحقيق التوازن فى مضمون العقد ، فإن الفقه الاسلامى يأبى ذلك النظر الذى يؤدى إلى إيقاع الظلم بطرف من أطراف العقد تحت ستار الصياغة القانونية المجردة .

ويعرف الفقه الاسلامى فى جملته مبدأ الاكراه على التعاقد فى حالات الضرورة ، وهى الحالة التى يرى فيها المشرع أن ترك الشخص حراً فى التعاقد أو عدم التعاقد يخل بعدالة التوزيع فى سلعة معينة فيعاقب على الامتناع عن البيع مثلا أو يفرض البيع بنظام معين على من ينتج السلعة كما فى المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الذى يعاقب على الامتناع عن البيع لسلعة مسعرة أو القرار الوزارى رقم ١٣٩ لسنة ٤٦ بتوريد محصول القمح إلى الحكومة .

---

(١) يراجع مدى سلطة ولى الأمر فى التشريع لتنظيم الاقتصادى فى بحث الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ سلام مدكور ص ٣٥٥ — ٣٨٦ — مما يكشف عن تقدم تنظيم المعاملات فى ذلك الفقه .

فقد اشترى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرضا لتوسيع المسجد النبوى ووضع ثمنها فى بيت المـال عندما رفض أصحابها بيعها ، ولم يحل دون ذلك أنه « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه » ، فإن الصياغة فى أبواب المعاملات كما سبق أن بينا ليست شكلية إلى الحد الذى تخل فيه قاعدة مجردة بمصلحة عامة[1] .

يقول ابن قيم الجوزية : قال شيخنا « وأما إذا امتنع الناس عن بيع مايجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع[2] » فيكون الأصل بذلك أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يزيد عن الثمن ، ويقول « ولو اضطر إلى طعامه وشرابه فحبسه عنه حتى مات جوعا وعطشا ضمنه بالدية عند الامام أحمد واحتج بفعل عمر بن الخطاب وقيل له تذهب إليه فقال أى والله »[3] .

فاتجاهات التشريع المدنى المعاصر تجد لها صدى فى الفقه الاسلامى وإنما اخترنا ضرب الأمثلة من فقهاء المذهب الحنبلى لأن هذا المذهب فيه توسعة من ناحية فقه المعاملات بالذات ويظهر ذلك على وجه الخصوص فى نظرية الشروط العقدية كما سنوضح فيما بعد .

---

(١) وقد فعل عثمان بن عفان رضى الله عنه ذلك عندما وسع المسجد مرة أخرى فتصايح عليه الناس فقال لهم إنما جرأكم على حلمى وقد فعل بكم عمر مثل ذلك فلم تصيحوا عليه تراجع نظرية الاباحة للدكتور سلام مدكور ص ٣٤٣ .

(٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ٣٠٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٨٥ .

فالاتجاه إلى تحقيق التوازن فى مضمون العقد من الناحية الاقتصادية اتجاه حديث فى الشرائع دعى إليه نمو العلاقات الاقتصادية وعظم أثرها فى حياة الناس بحيث لا يرى المشرع بدّا من التدخل فى سير هذه العلاقات تحقيقا لايجاد نوع من التوازن فيما بين أطرافها من الناحية الاقتصادية ولا يترك الشارع الأمر فيها لمجرد استيفاء الشكل القانونى بتحقيق الرضا وسلامة الارادة من العيوب، وقد لجأ الشارع المدنى كما ذكرنا من قبل إلى تحديد بعض عناصر العقد كالاجرة فى عقد الايجار كما لجأ إلى إلزام طرف من أطراف العقد بالبيع فى بعض الحالات بما يحمله ذلك من إكراه على التعاقد وسيلته العقاب على الامتناع عن البيع ، وهذه الاتجاهات فى التشريع المدنى تجد لها أصلا قويا فى الفقه الاسلامى مع أنها اتجاهات حديثة فى التشريع المدنى وهى فى ذاتها وليدة التطور والنمو الاقتصادى والاجتماعى .

ومن المظاهر التى تبعث على الرضا أن القانون المدنى المصرى لم ينفرد وحده بالأخذ من الشريعة الاسلامية والاشادة بفضلها عند إعداد مشروع القانون[١] بل اتجهت معظم البلاد العربية عند وضع قوانينها إلى الأخذ بالكثير من أحكام الشريعة الاسلامية فى قوانينها المدنية، ولا غرابة فى ذلك فإن هذه البلاد يجمعها الاسلام قبل أن تجمعها العروبة . فقد ورد فى لائحة القانون المدنى العراقى الصادر سنة ١٩٥١ أنه « قد رؤى أن يكون المشروع مماثلا لما ينبغى أن يكون عليه القانون المدنى فى البلاد العربية فجعل مزاجا متآلفا يجمع بين قواعد نقلت من الشريعة الاسلامية وقواعد نقلت من التقنينات الغربية »

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ١٣١ ، ١٣٢ .

كما نص الدستور السورى الصادر سنة ١٩٥٠ فى المادة الثانية منه على أن الفقه الإسلامى هو المصدر الرئيسى للتشريع ، وعلى هذا الحكم أيضاً نص الدستور الكويتى فى مادته الثانية ، وجعل القانون الليبى فى المادة الأولى من المجموعة المدنية الشريعة الإسلامية مصدراً يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا فى القانون ، وهو الحكم المقرر فى القانون المدنى المصرى إذا لم يجد القاضى نصا فى القانون أو عرفا سائدا وذلك قبل أن يلجأ إلى استمداد حكمه من قواعد العدالة ، وبذلك يكون الفقه الإسلامى مصدراً من مصادر القانون المصرى وهو فى الدرجة الثانية (بعد التشريع) فى مسائل الأحوال الشخصية وفى الدرجة الثالثة (بعد التشريع والعرف) فى المعاملات المالية[١] .

منهج البحث عن نظرية السبب :

ونظرية السبب فى الفقه الإسلامى هى مجال البحث الحقيق عن هدف الشارع من وتشريع العقد ، فإن نظرية السبب فى القانون على أى وجه فيها ، وفى أى مرحلة من مراحلها لا يظهر لها بغض النظر عن كون السبب عنصراً فنياً فى تكوين العقد ، سوى غايتين أولاهما أنه عن طريق فكرة السبب فى العقد أو الالتزام يتحقق العدل بين أطراف العلاقة التعاقدية وثانيتهما أنه عن طريق الفكرة نفسها يتدخل الشارع لمحاسبة أطراف العلاقة التعاقدية عن غاياتهم بحيث لا تخل غاية الفرد أو المتعاقدين بمصلحة عامة .

وقد ظن البعض ممن ألفوا فى الفقه الإسلامى أنه فى الإمكان الأخذ فى التشريع المدنى بنظريات عديدة كنظرية عيوب الرضا ونظرية السبب ونظرية

---

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور البدراوى ص ٣٤١ ط بيروت سنة ١٩٦٦ .

الفسخ كما هى معروفة فى القانون مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإسلامى تتعارض معها أحيانا ، غير أنه من البديهى كما يقول أحد أعلام القانون فى مصر أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس فيها بل عن طريق دراستها بأمانة علمية إذ لا يعيبها أنها لا تطاوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الوضعى من نظريات معروفة[١] ولكن يعيبها عند الدراسة أن تمسخ أحكامها أو تحمل صياغتها على تشريع آخر .

وقد اتخذنا ذلك القول فى الواقع طريقا للبحث فى الفقه الإسلامى فإن محاولة تشبيهه دائما بنظريات القانون الوضعى فى نظرنا تحمل خطرين :

أولهما : الظن بأن القانون الوضعى أصل فى التفكير القانونى يقاس عليه ويتشبه به ، وأن الشريعة الإسلامية يجب أن تلحق بالقانون الوضعى ، وهذا الظن فيه ظلم بين للفقه الإسلامى إذ هو فى كثير من مسائله وقواعده قد سبق القانون الوضعى بتقرير بعض نظريات عامة كمبدأ الرضائية ، ببضعة قرون ، كما أن الشرائع عند مقارنتها لا يكتفى ببعدها أو قربها من نظام معين فى الشرائع بل بقدرتها على تحقيق المصلحة والتطور مع الزمن ، والواقع أن بعض المؤلفين يحاول جاهداً أن ينسب مذهباً معيناً أو نظرة معينة فى الفقه الاسلامى لأقرب نظام يشبهها فى القانون ، ومثال ذلك ما يراه البعض من أن علماء أصول الفقه قد بحثوا نظرية السبب فى الأصول وبحثها الفقهاء فى الفروع[٢] .

وثانيهما : أن ذلك المسلك يفقد الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى كثيراً

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ ص ٦١ طبعة سنة ١٩٦٤ .

(٢) النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الاسلامية لصبحى المحمصانى ج ٢ ص ٨٩

من الابتداع فى الفكر القانونى فإذا كان قصارى جهد نظام قانونى معين أن يلحق بشريعة أخرى وينتسب إليها فقد حكم على نفسه بالتأخر والزوال .

وقد بحث الكثيرون نظرية السبب فى القانون الوضعى فهى من النظريات الرئيسية فيه ، ولها فى القانون شأن ولها فى الفقه مكان وقد جرى عليها منذ نشأتها إلى الوقت الحاضر تطور جمل فيها نزعتين رئيسيتين فى الفقه اللاتينى . كما أنها فى بعض الشرائع الأخرى تؤدى وظيفة فى العقد أياً كانت هذه الوظيفة وأياً كان الرأى فيها .

ولا نزعم أن نظرية السبب فى الفقه الإسلامى قامت كنظرية عامة فى أى وقت فى ذلك الفقه . فالفقه الإسلامى كما هو مسلّم ممن يكتبون فيه قد أهتم بالفروع والمسائل أكثر مما أهتم بتقرير النظريات ، وليس ذلك مما يعيبه إذ ما دامت النظريات هدفها خدمة الفروع والمسائل فقد جمل علماء أصول الفقه ضابطاً فى ذلك هو علم أصول الفقه ، وهو مما لا نظير له فى شريعة أخرى .

لذلك فإننا فى البحث درجنا على منهج نظنه وافياً بالغرض وموصلا للنتيجة التى تتفق مع صياغة الفقه الإسلامى، وهى كما ذكرنا من قبل — تختلف تماماً عما عداها .

فاطرحنا فى بحث فكرة السبب فى الفقه الإسلامى التعلق بلفظ السبب نفسه واتجهنا إلى الفكرة التى يمثلها عنصر السبب فى العقد وإلى الوظيفة التى يقوم بها فيه دون أن نعلق على لفظ السبب تلك الأهمية الكبرى التى جعلت بعض المؤلفين يصرحون بأن الفقه الإسلامى تقوم فيه نظرية كاملة للسبب . إذ أن بعض الشرائع كالقانون الانجليزى لا يستعمل لفظ السبب بل لفظ الاعتبار ومع ذلك فإن الاعتبار يمثل فى بناء العقد وفى وظيفته ما يمثله السبب فى الشرائع اللاتينية .

وجعلت البحث عن مفهوم فى الفقه الاسلامى يؤدى دور السبب فى بناء العقد ويقوم بوظيفته سواء كانت تحقيق التوازن فى مضمون العقد أو تحقيق صالح الجماعة بالنسبة للعقد هو الهدف ، ولم أتقيد فى هذا المفهوم بلفظ السبب . بل رأيت أن الفقه الاسلامى فى مجموعه وبوضوح كبير يتحدث عن المعاوضة أو المبادلة فى العقود الملزمة للجانبين بل إن بعض الفقهاء يرى فى البيع أنه مبادلة مال بمال ويتحرز من اشتراط الرضا .

وثمة أمر آخر راعيناه فى البحث عن سبب الالتزام فى الفقه الاسلامى ، وهذا الأمر هو الجزاء على تخلف ما نبحث عنه . فإذا تبيناه ثم نظرنا جزاء تخلفه ، وجدنا أن معظم أسباب الفساد فى العقود ترجع إلى المعاوضة إذ هى جوهر العقد الملزم للجانبين ، وليس الربا والشرط الفاسد والغرر والعلة فى النهى عن بعض العقود إلا تنظيما من الشارع للمعاوضة وهى المبادلة كما يراها الشارع محققة للعدل والمصلحة وليس من شك أن من أسباب فساد العقود ما يرجع إلى الرضا وإلى المحل وإلى العاقدين غير أن ذلك كما هو بيّن لا نحتاج إلى تناوله فى بحثنا إذ المعاوضة ، أو المبادلة يجب أن تكون عن رضا وأن يكون البدلان مما أباح الشارع الانتفاع به والتعامل فيه ، ويبقى بعد ذلك للمعاوضة ما يفسدها إذا لم يراع فيها ماتطلبه الشارع حتى تصير عملية المبادلة معاوضة يعتبرها الشارع.

وقد كانت الطريقة التى اخترناها هى قراءة ما ورد فى كتب الفقه فى المذاهب المختلفة عن العقود وشروطها وما يفسدها ، وتلمس ما يفسد المعاوضة بالذات وأثره ، ولم نشأ أن ننقل عن نصوص الفقه الاسلامى إلا ما يصرح به وما يتصل بالموضوع لأننا بصدد البحث عن قاعدة عامة نلمسها فى النصوص المتفرقة ويكون الجهد كله فى أعمال العقل بعد استكمال النقل .

ولم يفتنا أن نبحث فكرة تتحد لفظاً ، وإن اختلفت معنى . مع ما نبحثه وهى السبب فى علم أصول الفقه . حتى نرى ما يمكن أن تعطيه هذه الفكرة للموضوع الذى نبحثه كما راعينا أن نناقش ماسبق به آخرون من بحث السبب فى الالتزام فى الفقة الاسلامى . فقد بحث فقهاء الشريعه البواعث وأثرها فى العقود بحثاً مستفيضاً واتجه الآخرون من القانونيين إلى بحث فكرة عامة للسبب فى الفقه الاسلامى[1] .

---

(١) وقد ذهب الأستاذ الدكتور شفيق شحاته فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية الى اعتبار « المعادلة » سبباً للالتزام فى الفقه الاسلامى ، وقد كان ذلك الاتجاه فى البحث جديداً فضلا عن تحريره للفكرة من التقيد بلفظ السبب جرياً على صياغة النظرية فى القانون .

القسم الأول

تحديد السبب والالتزام في الفقه الإسلامي

الباب الأول

السبب عند الأصوليين والفقهاء

تقسيم :

رأينا فى الباب الأول من هذا القسم أن نعرض لفكرة السبب عند الأصوليين والفقهاء ، ولا جدال عندنا أن السبب عند الأصوليين يختلف عن السبب الذى نبحثه وهو سبب الالتزام غير أننا رأينا أن نعرض له ـ لبيان وجه الخلاف بينهما — ولأن بعض الباحثين قد ذكر أن علماء أصول الفقه قد بحثوا نظرية السبب بصورة علمية فى أصول الفقه وبصورة عملية فى الفروع ، ولا يصدق هذا القول فى الشق الأول منه ، لأن السبب الذى بحثه علماء أصول الفقه لا صلة له بسبب الالتزام . وأما فى الشق الثانى فإن الفقهاء قد عرضوا للمعاوضة فى العقود وفصّلوا القول فيما يؤدى بها إلى الفساد وسوف نتخذ ذلك أساساً للبحث عن سبب الالتزام فى الفقه الاسلامى .

وبذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين الأول نتكلم فيه عن السبب فى أصول الفقه .

وفى الثانى نتعرف على السبب فى الفقه (فى الفروع) .

الفصل الأول

السبب فى أصول الفقه الإسلامى

السبب وتعريفه وأقسامه :

السبب لفظاً هو الحبل والذريعة وما يتوصّل به إلى غيره ، وحدّه مايحصل الشيء عنده لا به ، وذكر الغزالى أن الفقهاء أطلقوا اللفظ على أربعة أوجه أولها وهو أقربها إلى المستفاد منه ما يطلق فى مقابلة المباشرة كحافر البئر مع المردّى فيه[1] . والثانى سبب العلة أو على التحقيق علة العلة كالرمى بالنسبة للقتل مثلا . والثالث ذات العلة مع تخلف وصفها ويريدون بهذا السبب مايحسن إضافة الحكم إليه ويقابلون هذا بالمحل والشرط فيكون ملك النصاب فى الزكاة سبباً والحول شرطاً . والرابع الموجب فيكون السبب بمعنى العلّية ، واستحسن الغزالى بالنسبة للوجه الرابع وهو بمعنى ما يحصل الحكم به ، ذلك الاطلاق بالنسبة للعلل الشرعية لأنها فى معنى العلامات المظهرة فتشابه ما يحصل الحكم عنده . وأورد الشوكانى فى إرشاد الفحول[2] فى تعريف السبب أنه « جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود حكم أى يستلزم وجوده وجوده » وهو كما فى السرقة جعلها سبباً لوجوب الحد لأن السرقة لا توجب الحد بذاتها بل بجعل الشارع وينقسم السبب بالاستقراء إلى الوقتية كزوال الشمس لوجوب الصلاة مثلا ، والعليّة كالاسكار للتحريم والمراد بالوصف

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٩٤ ، وإذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٥ ط مصطفى محمد .

(٢) إرشاد الفحول — ٦ .

المنضبط المعنى المحدد الذى لا يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص فالفرق بين الحكمة والسبب هو الانضباط وعدمه ، وجاء فى منهاج الأصول أن الحكم إما سبب أو مسبب كجعل الزنا سبباً لايجاب الجلد على الزانى . فإن أريد بالسببية الإعلام فحق وتسميتها حكما بحث لفظى وإن أريد بها التأثير فباطل لأن الحادث لا يؤثر فى القديم، ولأنه مبنى على أن للفعل جهات توجب الحسن والقبح وهو باطل وأشار الإسنوى فى شرح المنهاج إلى الخلاف فى نسبة تقسيم الحكم إلى سبب ومسبب فقد نقل عن الأشاعرة كما فى شرح المحصول ، ونقله آخرون عن المعتزلة وهو أقرب إليهم من حيث نظرتهم إلى الأفعال وإدراك العقل لما فيها من حسن وقبح[1] .

وقد عرّف أبو البقاء الحسينى الكفوى (الحنفى) السبب بأنه « ما يكون وجود الشىء موقوفاً عليه كالصلاة إذ هى موقوفة على الوقت » كما عرّف الشرط بأنه ما يتوقف وجود الشىء عليه كالوضوء للصلاة[2] ، وقيل السبب ما يلزم من عدمه العدم ومن وجوده الوجود بالنظر إلى ذاته كالزوال مثلا فإن الشرع قد وضعه سبباً لوجود الظهر والسبب التام هو الذى يوجد المسبب بوجوده .

والسبب يفضى إلى الحكم بوسائط ولذلك يتراخى الحكم عنه حتى تتوفر الوسائط وتنتفى الموانع،أما العلة فلا يتراخى الحكم عنها إذ لا شرط بها بل متى وجدت أوجبت معلولها بالاتفاق ، وجاء فى التوضيح « والسبب إصطلاحاً ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير[3] » . وقد جرت العادة بأن يذكر

---

(١) نهاية السول جـ ١ ص ٨٩ — ٩٢ طبعة سنة ١٣٤٣ هـ .
(٢) الكليات لأبى البقاء — طبعة بولاق ص ٢٠٥ .
(٣) شرح التلويح جـ ٣ ص ١٣٧ .

فى هذا المقام ما يطلق عليه اسم السبب حقيقة أو مجازاً ويعتبر فى تعدد الأقسام اختلاف الجهات والاعتبارات، وان أتحدت الأقسام بحسب الذوات ولذا ذهب فخر الاسلام إلى أن أقسام السبب أربعة سبب محض كدلالة السارق وسبب فى معنى العلة كسوق الدابة لما يتلف بها وسبب مجازى كاليمين وسبب له شبهة العلة كالطلاق المعلق بالشرط[1] والسبب إما أن تضاف إليه العلة أو لا فالسبب الذى فى معنى العلة كسوق الدابة فإنه لم يوضع للتلف ولم يؤثر فيه وإنما هو طريق للوصول إليه والعلة هى وطء الدابة للشخص أو الشيء الذى يتلف وهو مضاف إلى السوق وحادث به فيكون له حكم العلة وكذلك الشهادة بوجوب القصاص فإنها لم توضع له ولم تؤثر فيه وإنما هى طريق إليه،والعلة ما توسط من فعل الفاعل المختار الذى هو المباشر للقتل، إلا أنه سبب فى معنى العلة لأن مباشرة القتل مضافة إلى الشهادة حادثة بها (من جهة أنه ليس للولى استيفاء القصاص قبل الشهادة)، وأما فى السبب الحقيقى فإنه يتوسط بينه وبين الحكم علة هى فعل اختيارى غير مضاف إلى السبب كفعل السارق فى السرقة (بين الدلالة على المال وبين سرقته) وجاء فى التوضيح « أنه لا كلام فى أن شارع الشرائع هو الله تعالى وحده وأنه المنفرد بإيجاب الأحكام إلا أننا نضيف ذلك إلى ما هو سبب فى الظاهر بجعل الله تعالى وتجعل الأسباب مترتبة عليها تيسيراً وتسهيلا على العباد ليتوصلوا بذلك إلى معرفة الأحكام بمعرفة الأسباب الظاهرة على أنها أمارات وعلامات لا مؤثرات،وبعض ذلك قد ثبت بالنص والاجماع كالبيع للملك والقتل للقصاص والزنا للحد إلى غير ذلك[2] » فسبب شرعية

---

(١) شرح التلويح على التوضيح — شرح متن التنقيح ج ٢ ص ١٤١ .

(٢) المرجع السابق ص ١٤٤ .

المعاملات كالبيع والنكاح ونحو ذلك هو إرادة الله تعالى بقاء العالم إلى حين علمه وزمان قدره[١] .

ويقول الآمدى فى الأحكام « أن السبب هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل الشرعى على كونه معرفاً لحكم شرعى » وهو ينقسم إلى مالايستلزم فى تعريفه للحكم حكمة باعثه عليه كجعل زوال الشمس أمارة معرّفة لوجوب الصلاة فى قوله تعالى : (أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ) وفى قوله عليه الصلاة والسلام : (إِذَا زَالَتْ الشَّمْسُ فَصَلُّوا) وجعل طلوع الهلال إمارة على وجوب صوم رمضان بقوله تعالى : (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) وقوله صلى الله عليه وسلم : (صُومُوا لرؤيتِهِ وأفطِرُوا لرؤيتِهِ) والقسم الثانى ما يستلزم حكمة باعثة للشرع على شرع الحكم المسبب كالشدة المطربة المعرّفة لتحريم شرب النبيذ لا لتحريم شرب الخمر فى الأصل المقيس عليه فإن حكم الأصل معروف بالنص والاجماع لا بالشدة المطربة ، ويقول الآمدى « فكل واقعة عرف الحكم فيها بالسبب لا بدليل آخر من الأدلة السمعية فلله تعالى فيها حكمان أحدهما الحكم المعرّف بالسبب والآخر السببية المحكوم بها على الوصف المعرّف للحكم » وتعرّف المكلفين على خطاب الشارع فى كل واقعة من الوقائع بعد انقطاع الوحى كاف — حذرا من تعطيل أكثر الوقائع عن الأحكام الشرعية والسبب معناه أنه معرّف للحكم لا غير[٢] .

---

(١) الأحكام للآمدى ص ١٨١ طبعة مطبعة المعارف سنة ١٩١٤ .

(٢) الآمدى — الأحكام ص ١٨٣ — ١٨٤ والمعنى الاصطلاحى للسبب وهو أنه كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه معرفاً لحكم شرعى يدل على أن السبب هو علامة على الحكم الشرعى من غير أن يكون له تأثير فيه على أن المعتزله يقولون بأن السبب مؤثر فى الحكم بذاته وذلك تبعاً لمذهبهم فى الحسن والقبح العقليين — والغزالى على أن السبب مؤثر فى الحكم بإذن الله .

اقتران السبب بالمسبب :

أما اقتران السبب بالمسبب فى الزمان فإن أزمنة ثبوت الأحكام أربعة[1] فمن الأسباب ما يتقدم مسببه عليه ومنها ما يتأخر عنه ومنها ما يقارنه والرابع مافيه خلاف . فالأسباب الفعلية مقارنة لمسبباتها كحيازة الشيء المباح أو السلب فى الجهاد للملك (حيث يسوغ بإذن الإمام ، أو مطلقاً كرأى الشافعى) وكشرب الخمر للحد ، وأما ما يتقدم مسببه فمثاله تلف المبيع قبل القبض بسبب تعذر الانفساخ لأن المعدوم الصرف لا يقبل انقلابه الملك البائع . وأما ما يتأخر مسببه عليه (أو ما تتأخر عنه أحكامه) فمثاله بيع الخيار يتأخر فيه نقل الملك إلى الامضاء على الصحيح وكالوصية يتأخر نقلها للملك فى الموصى به إلى ما بعد الموت وكذلك التسليم فى البيع إلى أجل ، وأما النوع الرابع المختلف فيه فمثاله الأسباب القولية كالبيع مثلا فهل تقع مسبباتها على آخر حرف منها وهو مذهب أبى الحسن الأشعرى أو تقع عقيب آخر حرف منها وهو مذهب جماعة من الفقهاء[2] وجاء فى إدرار الشروق أن ذلك الخلاف لفظى ولا يئول

= والآمدى على أنه لا بد أن تكون هناك مناسبة بين السبب والحكم ومثال ذلك الإسكار كسبب لتحريم الخمر لأنه يترتب على الإسكار فساد العقل فكان مناسباً لتحريمها وكذلك القتل كسبب للقصاص لأن القتل جناية خطيرة يناسب أن يكون القصاص جزاء لها حتى يتحقق الأمن بين الناس وهناك أسباب ليس بينها وبين الحكم المترتب عليها مناسبة ظاهرة ، وتقول مناسبة ظاهرة لأن الإنسان لا يستطيع إدراك المناسبة بعقله ولأن هذه الأسباب غالباً ما تكون فى العبادات وهى أمر تعبدنا بها الله تعالى فهو وحده صاحب الأمر فيها إذ العبادات من حقوق الله — ومثال هذه الأسباب رؤية هلال شهر رمضان لصومه وزوال الشمس كسبب لصلاة الظهر .

(١) الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٢٢ — الفرق ١٨٢ .

(٢) الفروق للقرافى أ— مطبعة إحياء الكتب العربية سنة ١٣٤٦ هـ ج ٣ الفرق ١٨٢ .

إلى طائل[١] .

ويظهر مما تقدم أن السبب هو واقعة أو أمر اعتبارى يترتب عليه أثر من جهة الشارع ، وإذا كان السبب واقعة فقد يكون للمكلَّف فيها نصيب كجعل السرقة سبباً للحد فإن فعل السرقة للمكلف فيه نصيب اكتسابه أما الأثر وهو وجوب الحد عليه فهو بإيجاب الشارع وليس المكلَّف فيه شيء، وقد جعل بعض الأصوليين العلة والسبب مترادفين ، ولكن أكثرهم على غيره فعندهم أن كلاً من العلة والسبب علامة على الحكم وكلاهما بُنى الحكم عليه ورُبط به وجوداً وعدما وللشارع حكمة فى ربط الحكم به وبنائه عليه ولكن إذا كانت المناسبة فى هذا الربط مما تدركه عقولنا سمى الوصف علَّة وسمى أيضا السبب وإن كانت مما لا تدركه عقولنا سمِّى السبب فقط ولا يسمَّى العلة فكل علَّة سبب وليس كل سبب علَّة[٢] .

السبب والمكلف :

والمكلَّف ليس له إلا تعاطى الأسباب فحسب أما المسبَّبات فهى من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلف[٣] لأنه إذا كان على المكلَّف تعاطى المسببات لم يكن ذلك فى مقدوره ولكان تكليفا بما لا يطاق وهو غير واقع[٤]

---

(١) المرجع السابق المذكور فى المتن — مطبوع مع الفروق .

(٢) عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه ص ٧٣ جـ ١ سنة ١٩٥٤ .

(٣) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٣٣ المسألة الثالثة — غير أن إيقاع السبب بمنزلة إيقاع السبب ويشهد بذلك أن المسببات تصير إلى أسبابها عادة ص ١٤٨ — ١٤٩ .

(٤) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٩٠ — ١٩١ .

عندما يكتسب المكلّف السبب أن يقصد إلى وقوع المسبَّب فالمسببات راجعة إلى الحاكم المسبِّب وليست راجعة إلى المكلّف فإذا لم تكن راجعة إليه فراعاته لما هو راجع إلى كسبه هو اللازم وهو السبب(١) وذلك لأن السبب غير فاعل بنفسه وإذا كان للمكلّف له أن يتعاطى السبب أولا يتعاطاه فإن السبب أيضاً من خلق الله عزّ وجل قال تعالى : (الله خلقكم وما تعملون) ، وقال تعالى : (الله خالق كل شيء وهو على كل شيء وكيل) وقال تعالى : (ونفس وما سواها فألهمها فجورَها وتقواها) فإنه يظهر من ذلك أن قصد المكلّف لا أهمية له فى ترتب المسبب على السبب سواء قصد المكلّف إيقاع المسبب على السبب أو لم يقصد إليه فليس لذلك أثر فى ترتب الحكم على السبب(٢) .

أنواع السبب :

والسبب على أنواع فقد يكون سبباً لحكم تكليفى وذلك كالوقت فهو سبب لوجوب الصلاة كما فى قوله تعالى : (أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ) وكشهود هلال رمضان جعله الشارع سببا لصومه ، وقد يكون سبباً لحكم وضعى كإثبات ملك أو إزالته ، وذلك كالبيع فهو سبب لإثبات الملك فى جانب المشترى وإزالته من جانب البائع ، وقد يكون السبب فعلا مقدورا للمكلف كالسرقة تقع منه من حيث أنها سبب لوجوب الحد عليه

---

(١) المرجع السابق ص ١٩٣.

(٢) المرجع السابق ص ١٩٤ — ١٩٥ ، ومع ذلك فلا يصح ترك الأسباب بدعوى التوكل ، لأن الأفضل ملابسة الأسباب مع التوكل وذلك ما يوجبه المنقول والمعقول (الفرق ٢٥٩ جـ ٤ الفروق ص ٢٤١ .

أو بيعه من حيث أنه سبب لإزالة ملكه عن المبيع، كما يكون السبب غير مقدور للمكلّف ومثال ذلك دخول الوقت لوجوب الصلاة فهو ليس فى مقدور المكلّف وكذلك قرابته للمورث إذ يرث منه دون أن يكون له يد فى القرابة ، وفى الولاية يلى عليه غيرهُ دون أن يكون للشخص يد فى القرابة التى هى سبب الولاية ، وإذا وجد السبب سواء كان من فعل المكلّف أم لا وتوفرت شروطه وانتفت موانعه ترتب عليه مسببه حتما سواء كان مسببه حكما تكليفيا كإقامة الصلاة أو حكما وضعيا كإثبات ملك أو إزالته . إذ المسبب لا يتخلف عن سببه شرعاً سواء قصد المكلّف من مباشرة السبب ترتب المسبب عليه أم لا بل يترتب ولو قصد عدم ترتبه ، ولا يتوقف ترتبه كما سبق أن ذكرنا على قصد المكلّف فليس له أن يحل الارتباط الذى ربط به الشارع المسببات بأسبابها بل على المكلف أن يجرى فقط تحت الأحكام الموضوعة ويقول الشاطبى رحمه الله « وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسبَّبات » وأورد فى كتاب الموافقات أسباب ذلك ، فالعقلاء قاطعون بأن الأسباب لم تكن أسبابا من حيث هى موجودات فقط بل من حيث ينشأ عنها أمور أخر ، ولذلك لزم القصد من وضعها أسبابا القصد إلى ما ينشأ عنها من مسبَّبات ، ومنها أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد وهى مسبَّباتها قطعاً فإذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسبَّبات لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسبّبات ، ومنها أن واضع الأسباب قاصد لوقوع المسبَّبات من جهتها[1] .

وإذا كان قصد المكلف مطابقاً لقصد الشارع كان ذلك قصداً صحيحاً يترتب عليه أثره الذى وضعه الشارع له ، أما إذا كان قصد المكلف على

---

(١) الموافقات للشاطبى ج ١ ص ١٩٢ — ١٩٣ .

خلاف قصد الشارع كان ذلك لغواً لا يعتبر إذ يبطل ما يخالف قصد الشارع فإذا أتى المكلف السبب بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد ألا يقع مسببه فقد قصد محالا وتكلف رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لم يجعل له منعه[1].

شرعية السبب :

وإذا كان السبب ينقسم إلى سبب هو فعل للمكلف مقدور له سواء كان الحكم المترتب عليه تكليفيًا أوحكما وضعيا ، وإلى سبب ليس بفعل للمكلف فإن السبب قد يكون ممنوعاً وقد يكون مشروعاً .

فالسبب الممنوع هو ما يؤدى إلى المفسدة أصلا وإن أدّى إلى المصلحة تبعاً[2] ، ومثاله النكاح الفاسد لأن النكاح الفاسد يؤدى إلى الضرر أصلا ، ولكن قد يترتب عليه مصلحة فى ثبوت النسب به .

والسبب المشروع هو ما يؤدى إلى المصلحة أصلاً ، وإن أدى إلى المفسدة تبعاً كالجهاد إذ يؤدى إلى إعلاء كلمة الحق وقد يترتب عليه هلاك النفس أو المال .

وهذا التقسيم فى الواقع لايتعلق به فائدة كبيرة ، ذلك أن السبب فى تعريفه بأنه كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه معرّفا لحكم شرعى لا يدخل فيه السبب الممنوع ، فالنكاح الفاسد بذاته ليس سبباً وإنما النكاح هو السبب الشرعى الذى دلّ الدليل السمعى على أنه معرف لحل المباشرة

---

(١) المرجع السابق ص ١٩٨ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ زكريا البرديسى ص ١٠٤ — ١٠٥ ، ومع أن مشروعية الأسباب لاتستلزم مشروعية المسببات إلا أن التلازم يصح بينهما عادة ، الموافقات جـ ١ص١٣٠ المطبعة السلفية .

الزوجية ، أما الفساد فى النكاح فهو وصف يعترى السبب ، وثبوت النسب ليس مترتبا على هذا النكاح فحسب وإنما الحق النكاح الفاسد بالنكاح فى ثبوت النسب احتياطاً للولد ، وليس بالنكاح الفاسد بالذات فهو ليس سبباً فالسبب الممنوع لا يصح أن يقال عنه أنه سبب لأنه بذاته ليس سبباً لشىء فهو لم يشرع أصلا ، ولا يصح أن يكون سبباً لما هو مشروع وإذا ترتب عليه شىء فهو لأمر آخر خلاف ذاته باعتباره نكاحاً فاسدا .

بعض معانى لفظ السبب عند الفقهاء :

على أننا نجد فى كتب الفقه كما نجد فى كتب أصول الفقه أن بعض الفقهاء قد تناول لفظ السبب بمعنى المصدر المنشىء للالتزام فالعقد مثلا سبب لحكم شرعى فعقد البيع سبب للتمليك والتملك وعقد الإيجار سبب لتمليك المنفعة وتملك الأجرة[١] وهذا المعنى هو نفس معنى اصطلاح السبب المنشىء الذى كان عند الرومان بمعنى الواقعة التى أنشأت الالتزام ، كما أورد الامام الغزالى فى المستصفى « كل سبب منصوب لحكم إذا ما أفاد حكمه المقصود منه صح وإن تخلف عنه مقصوده يقال أنه بطل فالباطل هو الذى لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته والصحيح هو الذى أثمر والفاسد مرادف للباطل عند أصحاب الشافعى وكل باطل فاسد »[٢] . وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى فى المواضع التى يجب فيها ذكر السبب « ومنها الشهادة باستحقاق الشفعة فيجب ذكر سببها من شركة أو جوار ، ولو شهد بانتقال هذا الملك من مالكه إلى زيد فالراجح أن الشهادة لا تسمع إلا ببيان السبب وقيل لايحتاج إليه »[٣] وقد كان غالب تعبير الفقهاء

---

(١) البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٥٦ جـ ١ ط دار الكتب .

(٢) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٦١ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥٤ طبعة مصطفى محمد .

فى كتب الفروع بلفظ السبب بمعنى السبب المنشىء كالعقد ونحوه من التصرفات التى تفيد الملك أو تنقله أو تزيله ومثاله ما جاء فى المجلة « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بدون سبب شرعى »[١] ومعنى السبب هنا هو المسوغ أو المصدر المنشىء فإذا أخذ شخص مالا على أنه دائن به وتبين أنه غير دائن لمن أخذ منه المال وجب عليه رد ما أخذ ، ونجد لذلك سنداً وأصلا فى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » كما نجد أن لفظ السبب قد ورد فى بعض كتب الفروع ولم يقصد به سبب الالتزام الذى نبحث عنه ، ولا السبب الذى تكلم عنه علماء الأصول ، فقد ورد فى بعض كتب الفروع عند الحديث عن بعض العقود ذكر أسبابها فسبب الهبة إرادة الخير للواهب أو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء[٢] والمقصود من البيع هو انتفاع كل من المتعاوضين بما يصير إليه ، والوقف سببه إرادة محبوب النفس[٣] — فإن لفظ السبب هنا لا يعنى ما نحن بصدده من السبب فى الأصول أو من السبب فى الفروع — فهنا يكون معنى السبب هو بيان المقصود من العقد فى الجملة عقد بيع كان أو هبة أو غير ذلك والمقصود من العقد بيان لفائدته أو للحكمة من تشريعه وليس ذلك من عناصر العقد عند تكوينه ، فنحن نبحث السبب كعنصر فى العقد يلزم له ولا يستقيم العقد بدونه مع توفر الرضا بالعقد ، وبيان المقصود من العقد أو حكمة تشريعه وجوازه لا يصلح أساساً تستند إليه آثار العقد أو بمعنى أصح الالتزامات التى تنشأ على عاتق كل من طرفيه لأننا نبحث أساس التزام العاقد بما أوجبه العقد ، وبيان المقصود منه

---

(١) المجلة م ٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٥ للكاسانى .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٥٣٤ لابن عابدين .

لا يصلح أساساً لالتزام أحد المتعاقدين قبل الآخر فى العقود الملزمة للجانبين أو لالتزام المتعاقد فى العقود المنفردة (إذا انتهينا إلى قيام عنصر السبب بمعناه القانونى فى هذه العقود) والمقصود من العقد يختلف عن سبب العقد بمعنى العنصر الذى يدخل فى تكوين العقد ويستهدف إما تحقيق التوازن فيه وإبطاله لصالح المتعاقدين إذا لم يتحقق هذا التوازن ، وإما أن يستهدف هذا العنصر إبطال التصرف القانونى لغاية اجتماعية إذا ما تعارضت غاية العقد مع أحكام الشارع ويظهر ذلك بوضوح من الأشباه والنظائر للسيوطى إذ يقول : « كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل ولذلك لم يصح بيع الحر أو أم الولد ولا المحرّم ولا الإجارة على عمل محرم وأشباه ذلك »[1].

رأى ونقده :

لذلك فإننا لا نتفق مع من يقول إن علماء أصول الفقه بحثوا سبب الالتزام فى الأصول بطريقة علمية وبحثوا السبب فى الفروع بطريقة عملية ذلك أن هناك فارقا كبيراً بين فكرة السبب فى القانون الوضعى وفكرة السبب فى أصول الفقه ، إذ السبب فى أصول الفقه هو أحد أنواع الحكم الوضعى والحكم هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين[2] ، فالموضوع يتعلق بإرادة الشارع والكشف عنها بمعرفة علاماتها التى تؤدى إليها ومن بينها السبب أما السبب فى القانون فهو يتعلق بالتصرف القانونى الذى هو الارادة التى تتجه إلى إحداث أثر قانونى ، وذلك مما يتعلق بإرادة المخاطب بأحكام القانون وليس

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٣٢ ــ القاعدة الثانية طبعة مصطفى محمد ــ ومقصود التصرف هنا يحدده الشارع بصفة خاصة أو عامة — وليس هو على أية حال قصد العاقد أو نيته .

(٢) وهو يتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا .

إرادة الشارع ، وقد شملت فكرة السبب فى الفقه الاسلامى لدى علماء الأصول جميع فروع الفقه فهى قائمة فى العبادات والمعاملات والعقوبات وغيرها ، فلا يخلو كل ذلك من أحكام للشارع تترتب على أسبابها التى يكتسبها المكلف . بينما فكرة سبب التصرف لا تعدو سبب التصرف الارادى ولا تتجاوز الفكرة نطاق القانون المدنى — وإن كان البعض يرى أن السبب بمعنى الباعث الدافع يصلح لإبطال القرارات الادارية فى مجال القانون الادارى (فإذا كان الباعث على القرار الادارى باعثاً غير مشروع كان باطلا) — وفكرة السبب فى أصول الفقه تظهر فيها الصناعة المنطقية والعمل الفلسفى لأنها تتعلق بالتشريع نفسه . بخلاف فكرة السبب فى القانون فهى فكرة قانونية فحسب ، كما أن ما ذكره علماء الأصول من حكم تعارض إرادة الشارع مع إرادة المكلف أو كون قصد المكلّف معارضا لقصد الشارع لا يتعلق بالباعث الذى قد يعتبر هو السبب قانونا . وذلك أن إرادة المكلف أو قصده فى أصول الفقه إنما بحثه العلماء وبحثوا حكمه على أنه تعارض بين إرادة المكلف وحكم الشارع وسلموا للمكلف بأن له تعاطى الأسباب فحسب ، ولكن البواعث على تعاطى الأسباب نفسها كالعقود هى التى تهم فى بيان بواعث التصرفات وهو ما تعرض له فقهاء الفروع فى العقود وما نشير إليه فى موضعه إنشاء الله .

ونشير قبل الانتهاء من الحديث عن السبب فى أصول الفقه إلى الشرط والمانع لاتصالهما بمبحث السبب من حيث أنهما من أقسام الحكم الوضعى كالسبب .

الشرط والمانع :

الشرط اصطلاحا هو أمر رُبط به غيره عدما لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته مثل كون البيع مقدور التسليم فالشروط مكمِّلات للأمور المشروطة لها .

كتكميل الصفة للموصوف بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية للأحكام[١] وقد يكون الشرط شرعيا وضعه الشارع ، أو جعليا يضعه المتعاقد فى العقد ، ولكن الشرط الجعلى ليس بمنزلة الشرط الحقيقى بحيث لا يصح الحكم بدونه[٢] وما ثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرط فإذا تعارضا وجب إعمال الشروط الشرعية[٣] إلا إذا كان ما ثبت بالشرط لا يحتاج إلى الشرط كاجتماع خيار المجلس وخيار الشرط لأن الأول ثابت بالشرع فلا يحتاج لشرط .

فالشرط أمر خارج عن المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده كالوضوء فى صحة الصلاة وحضور الشاهدين فى عقد الزواج[٤] .

وأما المانع فهو مايستلزم وجوده انتفاء غيره مثل قتل الوارث مورثه فينتفى الإرث مثلا وينقسم المانع إلى مانع للحكم ومانع للسبب ، ومثال الأول الأبوة فى القتل العمد العدوان فحكمة السبب باقية ولكن المانع مقتضاه بقاء نقيض حكم السبب . ومانع السبب هو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا كالدين فى باب الزكاة مع ملك النصاب[٥] .

ولا يجتمع السبب والشرط والمانع فى شىء واحد ويجوز أن يكون الشىء سببا فى حكم وشرطا فى آخر ومانعا فى ثالث ولكنها لا تجتمع فى شىء واحد[٦]

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢٦٢ ومابعدها .

(٢) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٤٥ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى — حاشية المواهب السنية ص ٣٢٤ .

(٤) محمد زكريا البرديسى فى أصول الفقه ص ١٠٧ — ١٠٨ .

(٥) الآمدى ص ١٨٥ .

(٦) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ١٢٠ الطبعة السلفية — والعلة فى ذلك أنها عند اجتماعها تتدافع — المرجع السابق .

السبب فى أصول الفقه والسببية فى الفقه والقانون :

وفكرة السبب التى بحثها علماء أصول الفقه تفيد فى بيان الأفعال المتصلة بالجريمة فى الفقه الاسلامى والتى لاتعدو أن تكون مباشرة أو سببا أو شرطا. والأول ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة والسبب ما أحدث الجريمة لابذاته ولكن بواسطته وكان علة، والشرط مالايحدث الجريمة بذاته ولاهو علة لها ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة[١]. والمسئولية تختلف فى الأحوال السابقة فصاحب المباشرة والمتسبب كلاهما مسئول عن فعله وأما مسؤولية صاحب الشرط فالأصل أنه لا يسأل إلا إذا قصد التداخل فى الجريمة[٢] وفى القانون فإن علاقة السببية تكون هى المناط أحيانا فى توقيع العقوبة أو فى قيام المسؤولية المدنية . فجرائم القتل الخطأ تستوجب بحث السببية وكذلك تقدير المسؤولية فى الجرائم العمدية على النحو السابق ، وتستمد السببية فى القانون جذورها من فكرة السبب كما هى فى الفلسفة إذ طبيعة المسألة واحدة فى القانون أو الفلسفة[٣] . ويختلف علماء القانون بين الأخذ بالسببية المباشرة أو الأخذ بالسببية الملائمة ، كما يرى البعض الأخذ بما يسمى بتعادل الأسباب[٤] .

وكذلك تنتفى المسؤولية المدنية إذا انقطعت علاقة السببية بين الخطأ والضرر كما إذا قام سبب أجنبى أو كان السبب غير منتج أو غير مباشر[٥] .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٤٥١ — للاستاذ عبد القادر عودة عليه رحمة الله

(٢) المرجع السابق ص ٤٥٢ — ٤٥٣ ، والمواد ٩٢ ، ٩٣ من المجلة بشأن مسؤولية المتسبب والمباشر — والأول لايضمن إلا بالتعمد والثانى يضمن وإن لم يتعمد .

(٣) السببية فى القانون الجنائى رؤوف عبيد ج ١ ط سنة ١٩٦٦ .

(٤) المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها .

(٥) الوسيط للسنهورى ج١ ص٩٩٠ — ٩٩٢ .

فكرة السبب فى أصول الفقه بمالها من اتصال بفكرة السببية وهى أصلا فكرة فلسفية يمكن أن تعطى فى مجال المسؤولية ، سواء كانت جنائية أو مدنية ، ما يعين على تحديدها ولكنها كما رأينا تختلف عن فكرة سبب الالتزام كما هى معروفة فى القانون المدنى ، إذ نبحث عن سبب الالتزام بوصفه عنصراً من عناصر العقد أو الالتزام له وجوده الفعلى ـ بخلاف السببية وهى علاقة افتراضية بطبيعتها .

خصائص السبب فى أصول الفقه :

ويبين لنا من دراسة السبب فى أصول الفقه أمران : أولهما — أن السبب فى أصول الفقه قد يكون واقعة قانونية سواء كانت من فعل المكلف ومقدورة له أم كانت غير مقدورة للمكلف خارجة عن إرادته وتكون من فعل المكلف كما فى ملك النصاب للزكاة أو شرب الخمر كسبب لتوقيع العقوبة وقد لا تكون الواقعة من فعل المكلف ويترتب عليها حكمها كطلوع الهلال للصوم أو زوال الشمس كسبب لوجوب الوقت فى الصلاة لأن هاتين الواقعتين هما واقعتان طبيعيتان جعلهما الشارع سببا لحكم تكليفى وسواء كانت الواقعة فعلا مقدوراً للمكلف أم غير مقدور له فهى واقعة تترتب عليها آثار قانونية حتى دون أن يكون المكلف قد قصد ترتب الأثر عليها أى دون أن تكون هذه الآثار مقصودة من ذوى الشأن[1] .

فالسبب فى أصول الفقه كواقعة يتشابه مع الواقعة القانونية فى القانون

---

(١) الواقعة القانونية والتصرف القانونى للاستاذ السنهورى ـ مذكرات للدراسات العليا سنة ١٩٥٤ ص ١١٥ .

الوضعى عندما ينقسم السبب إلى فعل مقدور للمكلف أو غير مقدور له ، ويكون لكليهما آثار شرعية .

وقد يكون السبب تصرفاً قانونياً يترتب عليه حكم قانونى ويكون السبب هنا بمعنى المصدر فعقد البيع سبب لانتقال الملك وعقد الإيجار سبب لتملك الأجرة واستيفاء المنفعة ، أو فعلا كالاستيلاء على الشيء المباح كسبب لتملكه[١] ويكون معنى أن العقد أو الاستيلاء سبب أنه مصدر منشيء ولا صلة له هنا بأى من معانى نظرية السبب بمعناها الذى جعل السبب عنصراً فى الالتزام أو فى العقد[٢] .

ثانيهما — أن السبب بمعناه الذى بحثه علماء القانون كركن فى العقد أو عنصر فيه وكأساس للالتزام قد تناوله الفقهاء المسلمون من ناحيتين : أولاهما تكاد تقترب من نظرية السبب فى الفقه التقليدى الفرنسى وهذا ما نأخذ به كما سنوضح فيما بعد فى المعاوضة المعتبرة شرعا فى العقود الملزمة للجانبين فتمام المعاوضة التى يعتبرها الشارع يترتب عليه التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين إذ المعاوضة عملية تبادلية ولها صبغة مادية وموضوعية ولم يتركها الشارع تتم بين المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين دون رعاية منه بل قصد منها الشارع أن يتحقق بها التعادل والتوازن بين طرفى العقد الملزم للجانبين . فالالتزام المقابل أو تنفيذه كسبب للالتزام فى النظرية التقليدية للسبب فى الفقه اللاتينى هو عنصر منفرد وينظر إليه كذلك بوصفه أساساً لالتزام آخر ينظر إليه هو الآخر منفرداً

---

(١) جعل الفقه الفرنسى فى المراحل الأخيرة من نظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية الاستيلاء تصرفاً قانونياً بالرغم من أن العنصر البارز فيه هو الحيازة (مذكرات السنهورى فى الواقعة القانونية والتصرف القانونى ص ١١٩) .

(٢) وإن كان السبب بمعنى المصدر المنشيء قد عرف فى القانون الرومانى كما قدمنا — راجع ص ١١ — ١٢ .

أما الفقه الإسلامى فإنه لم يجزئ التصرف القانونى الملزم للجانبين إلى التزامات متقابلة ويبحث عن أساس لكل منها وإنما أساس التزام المتعاقدين ينظر إليه مرة واحدة وهو فى المعاوضة التى يعتبرها الشارع فينظر إلى العوضين فى وقت واحد وقد وضع الشارع الشروط التى تكفل التوازن فى المعاوضة بالنظر إليها كعملية مبادلة اقتصادية لم يتركها لإرادة الطرفين وهذه الشروط أوجب الشارع مراعاتها ، فإذا كانت نظرية السبب فى الفقه الفرنسى التقليدى تنظر إلى كل التزام على حدة فإن صياغة الفقه الإسلامي اقتضت النظر إلى أساس التزام كل متعاقد فى التصرف القانونى جملة واحدة فإذا كان الفقه الفرنسى مثلا يبدأ بالنظر إلى أساس كل التزام فإن الفقه الإسلامى يبدأ بالنظر إلى العقد وكيف يكون أساس التزام كل متعاقد فيه .

والمعنى الثانى الذى بحثه الفقهاء المسلمون ويتفق مع نظرية السبب فى القانون هو الباعث على التصرف القانونى ذلك أن النظرية الحديثة فى السبب كما سبق أن بسطناها تجعل السبب هو الباعث الدافع إلى التصرف فهو يتصل بالإرادة أوثق اتصال وهو عنصر ذاتى يختلف من عقد لآخر فى النوع الواحد من العقود ، وقد بحث الفقهاء المسلمون الباعث على التصرف بنفس المعنى الذى بحثه به علماء القانون فإذا كانت نظرية الباعث تستهدف غرضاً اجتماعياً قد لاتنهض به النظرية التقليدية فى السبب كاملا ، فإن هذا الهدف بذاته كان مايقصده الفقهاء المسلمون الذين اعتدّوا بالغاية التى يؤدى إليها التصرف وأبطلوه إذا كانت الغاية منه تتعارض مع حكم الشارع أو تعين على مخالفة حكمه وهو ما نتناوله فى موضعه إنشاء الله .

الفصل الثانى

السبب فى الفقه (فى الفروع)

يكاد أن يكون مستقراً لدى الباحثين فى الفقه الإسلامى ـ أن الفقهاء المسلمين سواء كانوا من علماء أصول الفقه أو من فقهاء الفروع فيما أثبتوه من أحكام فقهية فى فقه المعاملات ـ لم يتعرضوا لبحث سبب الالتزام كنظرية عامة بالمعنى الذى استقر عنده البحث فى القانون الوضعى باعتبار السبب ركناً فى العقد أو فى الالتزام[1] .

فكرة السبب فى فقه المعاملات :

على أن إعمال فكرة السبب بمعنى الالتزام المقابل يبدو واضحاً فى فقه المعاملات ولا سيما عندما يبحث الفقهاء انعقاد العقود الملزمة للجانبين أو عقود المعاوضة[2] . وما تقتضيه هذه المعاوضة من شروط حتى يلزم العقد كلاً من طرفيه إذ أن الشارع الإسلامى أحاط عملية المعاوضة أو المبادلة بأحكام استهدف منها أن تؤدى هذه المعاوضة أو المبادلة إلى التوازن فى مضمون العقد كما أن الفقه الإسلامى قد بحث عن النوايا التى قد تختبىء وراء تصرف المكلف وتناول الفقهاء حكم هذه النوايا والبواعث وأثرها على العقد وهـذا هو الجانب الذى

---

(١) وإن كان الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتاب النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الإسلامية قد ذكر أن الفقهاء بحثوا نظرية السبب بصورة عملية فى كتب الفروع جـ ٢ ص٨٩ وهو مالا نوافق عليه .

(٢) فالبيع مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب . وهذا هو ركن البيع — بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٦٦ .

يتصل بالإرادة فى نظرية السبب أوثق اتصال وإن كان الفقهاء المسلمون لم يبحثوا البواعث أو النيات وأثرها باعتبارها تمثل عنصراً له ذاتيته فى العقد سواء فى تكوينه أو بقائه ولكنهم بحثوا ذلك باعتبار العقد تصرفاً من المكلف يجب أن يكون مطابقاً لإرادة الشارع فى غايته التى يؤدى إليها .

استنباط النظرية من الفقه الاسلامى .

ومتى كان ما تقدم فإنه رغم عدم تعرض الفقهاء المسلمين لنظرية السبب قصدا إلا أن مفهوم هذه النظرية يمكن أن نستنبطه فى سهولة ويسر، إذا علمنا أن أهم ما بحثه الفقهاء فى عقود المعاوضة هو ذات عملية المبادلة أى الشروط التى وضعها الشارع حتى يمكن أن تؤدى المبادلة إلى التوازن فى مضمون العقد — كما أنه من ناحية أخرى فإننا نجد أن الفقهاء لم يفتهم أن يعنوا بالغاية من المبادلة أو المعاوضة فالمبادلة لا يكفى فيها أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد ، بل يجب أن تكون الغاية منها مشروعة وتراعى مقاصد الشارع فى المقام الأول والتى يجب أن يتفق معها قصد العاقد أو نيته أو باعثه على التصرف .

ففى البيع الفاسد قد يكون الثمن مجهولا أو المبيع مجهولا جهالة توجب المنازعة لأنها مانعة من التسليم والتسلم وبدونهما يكون البيع فاسداً لأنه لا يفيد مقصوده[1] . فالمقصود هنا هو عملية المبادلة وهى التسليم والتسلم فالبيع أخذ بدل وإعطاء بدل — ومن شروط المعقود عليه أن يسلم من الغرر والربا[2] وذلك

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندى باب البيع الفاسد ص ٦٢ ، والإجارة حقيقتها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم — منح الجليل جـ ٣ ص ٧٢٥ وهى عقد على المنافع بعوض — فتح القدير جـ ٧ ص ١٤٥ وهى بيع منفعة معلومة بأجر معلوم — الزيلعى جـ ٤ ص ١٠٥ — وتفسدها الشروط كالبيع ص ١٢١ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٤١ .

يقصد به ضبط المبادلة ، وقد كره الإمام مالك رضى الله عنه « أن يعطى الرجل أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها لأن الزرع يقل مرة وربما هلك رأساً »[١] مع أن المالكية أجازوا الغرر فى التبرعات لأن الموهوب له لم يبذل شيئاً ، وقد أورد ابن رشد فى بداية المجتهد أن المالكية والشافعية قد أبطلوا شركة الوجوه (وهى أن يشترك اثنان أو أكثر من وجوه الناس فى الشراء بجاههم من غير رأس مال) ورد ابن رشد سبب إبطال هذه الشركة عند المذهبين بأن كل واحد من الشريكين عاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة أو عمل مخصوص[٢] .

والفقه الحنفى فى عقود المبادلات المالية وهى العقود الملزمة للجانبين أصرح فى بيان اشتراط التوازن فى مضمون العقد فالمعاوضة توجب التسوية بين البدلين[٣] ، وجمع البدل والمبدل فى عقد المبادلة لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت[٤] .

وحقيقة المبادلة كما يقول الكاسانى فى التسليم والقبض لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل والبيع عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم[٥] .

---

(١) المنتقى جـ ٥ ص ١٣٢ ، الأم للشافعى جـ ٣ ص ٢٣٨ والعلة عدم إبطال عمل العامل إذا أخطأت الثمرة .

(٢) بداية المجتهد ص ٢٥٥ .

(٣) الزيلعى جـ ٢ ص ٦٥ — ٦٦ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ٢٦٢ والزيلعى على الكنز جـ ١ ص ١٦ .

(٥) البدائع جـ ٥ ص ١٦٦ ، ٢٤٣ وراجع تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢ — البيع لغة مطلق المبادلة وفى الشرع بالتراضى .

كيف يتحقق التوازن فى مضمون العقد :

وإذا كان عقد المبادلة يوجب التسوية بين طرفيه فكيف استطاع الفقه الإسلامى أن يضبط هذه المبادلة ولا يجعلها كبعض الشرائع الأخرى من عمل العاقدين فحسب ؟

هنا نجد أن الفساد فى العقد (وهو الذى لا يرجع إلى الرضا أو المحل) يرجع أساساً إلى اختلال المبادلة ، وهنا نجد فكرة السبب بمعنى الالتزام المقابل كالشأن فى النظرية التقليدية للسبب فى القانون الوضعى فمتى اختلت المبادلة بحيث آل البدلان إلى أحد المتعاقدين دون الآخر أو آل أحدهما إليه مع هلاك الآخر كله أو جزء منه — كان العقد فاسداً بسبب اختلال المعاوضة ، وهذا الشرط وهو التوازن فى مضمون العقد ، هو الذى تدور عليه أحكام الربا والغرر والشروط الفاسدة وأحكام العقود المنهى عنها لعلة الخلل فى المبادلة ، فالربا شرعا هو فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال ، فالفضل الذى لا يقابله عوض فى عملية المعاوضة هو الربا وعلة التحريم هى قطعا انتفاء البـــدل واختلال المبادلة أو المعاوضة لأن الربا فى نظر الشارع ليس فيه موازنة بين العاقدين فيكون فيه التزام بدفع الربا دون عوض يقابله فيبطل العقد بسبب ذلك الخلل فى المبادلة والشرط الفاسد وهو الشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين تزيد على مقتضى العقد ولم يرد به نص أو جرى به عرف ، علة الفساد فيه هو أنه يخل بالمبادلة التى نظمها الشارع بتحديد مقتضيات العقود ، فاشتراط ما يزيد عنها يخل بالمعاوضة ولا يجعلها مؤدية إلى التوازن فى مضمون العقد ولذلك فسد الشرط على خلاف فى أثره على العقد ، وأحكام عقد الغرر كلها ترجع إلى المعنى الذى أسلفناه فى الربا وفى الشرط الفاسد فالغرر يؤدى إلى الإخلال بمضمون العقد فيؤول

العوضان إلى أحد المتعاقدين مثلا فلا يخرج المتعاقد الآخر بشيء من العقد ، وهذه هي العلة في تحريم عقود الغرر إذ أن من طبيعة هذه العقود أن يكون الإخلال بعملية المبادلة محققا في جانب أحد الطرفين أو محتملا بالنسبة لأحدهما ، وقد يقع بعض التساهل إذا كان يمكن ضبط المبادلة أو المعاوضة في حالة خاصة فعلى الرغم من الخلاف في صحة استئجار الدابة لأخذ اللبن منها فقد أجاز الإمام مالك ذلك « إذا كان قد عرف حلابها »[1] كما يقول ابن حزم في المحلى ، والعلة في الإجازة هي أن المبادلة أمكن ضبطها بحسب ما عرف عن المعقود عليه ، وكذلك كانت حجة المانعين لعقد المزارعة كما جاء في بداية المجتهد أن إجارة الأرض بأجر يلتزم به المستأجر غرر لأنه قد يصيب الزرع جائحة فيكون المستأجر قد دفع ماله ولم ينتفع بشيء[1] .

والعقود المنهى عنها وسنتناولها فيما بعد — تختل فيها المبادلة بسبب ظروف العقد فبيع النجش وتلقي الجلب ، والاحتكار كلها صور لعقود تختل فيها المبادلة بسبب الظروف التي ينعقد فيها العقد بحيث تكون هذه الظروف مؤدية فعلاً أو بحسب الغالب إلى اختلال المعاوضة لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر .

وبذلك فإن الشرط الأول في المعاوضة المعتبرة شرعا ، وهي التي تمثل

---

(١) وهذا التعليل لانتفاء الغرر يفيد أن الغرر المنهى عنه هو ما لا يمكن معرفة وقوعه أو قدره بوسيلة من الوسائل .

(٢) الأم جـ ٣ ص ٥٥ وأورد الشافعي حديث النهي عن المحاقلة وهي كراء الأرض بقدر من الزرع ، وقد ورد في تبيين الحقائق في جملة البيع الفاسد — ما يكون المبيع فيه أو الثمن مجهولا وما يكون فيه شرط لمنفعة أحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد جمع هذا القول سببين من أسباب اختلال المبادلة جـ ٤ ص ١٤٣ حاشية الشلبي .

مفهوم فكرة السبب فى الفقه الإسلامى فى العقود الملزمة للجانبين هو أن تحقق المعاوضة التوازن فى مضمون العقد بين حقوق العاقد والتزاماته وقد استطاع الشارع الإسلامى أن يضمن هذا التوازن عن طريق الأحكام التى وضعها للربا والغرر ، وفيهما تختل المبادلة بسبب طبيعة العقد الربوى أو طبيعة عقد الغرر ، وعن طريق أحكام الشروط فى الفقه الإسلامى إذ العقد الذى يقترن به شرط فاسد تختل فيه المعاوضة بسبب مسلك أحد العاقدين باشتراط الشرط الذى يخل بالمعاوضة ويجعلها تحقق لأحد العاقدين فائدة لا يقتضيها العقد دون مقابل لها وأخيراً فقد ضمن الشارع هذا التوازن فى مضمون العقد الملزم للجانبين عن طريق الأحكام التى وضعها للعقود المنهى عنها والتى تختل فيها المعاوضة لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر بسبب ظروف انعقاد العقد كعقد الاحتكار أو التعاقد فى حالة الاضطرار وكل ذلك سنعود إلى بحثه تفصيلا عندما نتناول تطبيق السبب على العقود اللازمة فى القسم الثانى .

ويلاحظ أن العبرة فى التوازن فى مضمون العقد هو بتحقق أحكام الشارع لا بما تؤدى إليه المعاوضة فعلا ، فقد وضع الشارع مقتضيات العقد بافتراض أنها تحقق التوازن بين العاقدين فى مضمون العقد ، وقد لا تؤدى فعلا إلى ذلك فمن استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً فلم يحمله أو لزمن محدد ولم يستخدمها فيه لزمه الأجر وكذلك من يستأجر منزلا لمدة شهر ولم يسكن فيه إلا يوماً واحداً[1] .

والشرط الثانى فى المعاوضة التى يعتبرها الشارع والتى تقوم بدور السبب فى العقد الملزم للجانبين هو أن تكون الغاية منها أو من العقد الذى يتضمنها مشروعة .

---

(١) المدونة جـ ٣ ص ٤٢٨ ، ص ٤٤٩ .

فلا يجوز لشخص أن يؤجر داره لتكون كنيسة وإذا حمل المسلم خمراً لذمى فإنه لا يستحق الأجر[١] وعصير العنب لا يجوز بيعه لمن يتخذه خمراً والبعض يشترط أن يتأكد البائع من أن المشترى يتخذه خمراً فإن لم يتأكد جاز[٢] . ولا يجوز بيع السلاح فى الفتنة ولا بيع جارية لمن اشتهر عنه الفسق[٣] وكل ذلك روعى فيه الباعث على العقد والغاية التى يؤدى إليها . وجملة القول كما سنذكر تفصيلا فيما بعد أن المذهب الحنفى والشافعى كلاهما يعتد بما يظهر من صيغة العقد وأن المالكية والحنابلة يبحثون عن النيات والبواعث التى قد تستتر وراء العقد على خلاف فى ذلك بين المذاهب نتناوله فى موضعه .

غير أننا نشير إلى أمرين هامين : أولهما : أن العقد الملزم للجانبين الذى يتقرر أن الغاية التى يؤدي إليها محرّمة لا يبطل فى حق أحد العاقدين فحسب بل يبطل لأنه فساد يتعين رفعه سواء من أحد الطرفين أو بحكم القاضى من تلقاء نفسه ذلك أنه لا وجه للتفرقة بين مسؤولية أحد الطرفين ومسؤولية الآخر إزاء حكم مخالف للشرع فقد درج فقهاء القانون الوضعى على التفرقة بين علم أحد الطرفين بالسبب غير المشروع وعلم كليهما ترتيباً على أن بطلان العقد قد يكون فيه ضرر لأحد الطرفين وهو لم يكن يعلم بالباعث غير المشروع الذى دفع العاقد الآخر إلى التعاقد ، ولكن الفقه الإسلامى لا يبحث هذه المسألة أصلا لأن النظر إلى غاية العقد وما يؤدى إليه يكون جملة واحدة وليس جرياً وراء باعث كل متعاقد على حدة[٤] .

---

(١) المرجع السابق ص ٣٩٩ — ٤٠٠ .

(٢) مختصر الطحاوى ص ٢٨٠ .

(٣) ويلاحظ أنه لا ينظر إلى نية البائع أو المشترى بقدر ما ينظر إلى ظرف موضوعى . وهو شهرة المشترى والتى تجعل العقد مؤدياً لغاية غير مشروعة بحسب ذلك الظرف .

(٤) والفقه الإسلامى ينظر إلى العقد على أنه فى طبيعته وسيلة فحسب إلى غاية يجب أن تتفق مع مقاصد الشارع .

والأمر الثانى : أن مبدأ سد الذرائع فى الفقه الإسلامى يجعل العبرة بالغايات والمقاصد الشرعية من التصرفات ولا يترتب الحكم على النية وحدها . فما يؤدى إلى المفسدة الراجحة يبطل ومايؤدى إلى المصلحة الراجحة يصح وتكون الغاية من التصرف بحسب الغالب هى الفيصل وليس الجرى وراء باعث المتعاقد أو نيته فحسب ، وسنتناول ذلك تفصيلا فيما بعد .

صياغة النظرية ومميزاتها :

إن صياغة نظرية السبب فى الفقه الإسلامى فى العقود اللازمة على أساس المعاوضة المعتبرة شرعاً يتميز بعدة أمور :

أولا : أن أساس النظرية ظاهر فى الفقه الإسلامى فالمبادلة أو المعاوضة كانت أهم ما بحثه الفقهاء فى العقود التى تلزم طرفيها وضبط هذه المبادلة كان مدار الأحكام التى وردت فى الربا والغرر والشرط والعقود المنهى عنها فنحن هنا نستمد أساس النظرية من أحكام الفقه فى كتب الفروع والتى تكاد تصرح بمنطوقها عند بحث المعاوضة أو المبادلة .

ثانياً : أنّ وضع السبب فى الفقه الإسلامى فى مكانه الصحيح يأ ، من فكرة المبادلة التى أهتم بها الشارع الإسلامى وضبطها الفقه الإسلامى بما وضعه من أحكام فى العقود تدل عليها وأن ذلك هو الأساس الحقيقى لاستمداد فكرة السبب فى الفقه الاسلامى بدلا من التعلق بلفظ السبب كما فعل بعض الفقهاء عندما بحثوا عن لفظ السبب وظنوا أن ما أوردته كتب الفقه أحياناً مستنداً إلى هذا اللفظ يفيد فى الكشف عن نظرية للسبب فى الفقه الاسلامى[1] .

---

(١) أورد الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه النظرية العامة للموجبات فى مبحث السبب أن الفقهاء صرحوا بأن عقد الزواج سببه التناسل والمكارمة وأن الهبة سببها إرادة الخير للواهب ، وظاهر أن ذلك لا يتعلق بموضوع البحث إلا إذا تعلقنا باللفظ فحسب جـ٢ ص٩٢ فى المرجع المذكور .

ثالثاً : أن فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً والتى تقوم بدور السبب فى الفقه الاسلامى فى العقود اللازمة ـ ترتد إليها أحكام الفسخ وتحمل التبعة فالمعاوضة المعتبرة شرعاً ليست شرطاً لانعقاد العقد فحسب بل يشترط بقاؤها بعد انعقاده فإذا امتنع أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه أو هلك أحد البدلين بفعله أو بفعل أجنبى كان فى ذلك اختلال المعاوضة ـ وكان الحكم الشرعى يستهدف إعادة التوازن إلى المبادلة ويظهر ذلك جلياً فى أحكام الفسخ وتحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ، وسنتناول ذلك تفصيلا فيما بعد ، لنرى أن أحكام الفسخ وتحمل التبعة ليست سوى رد المبادلة أو المعاوضة إلى التوازن الذى فقدته بسبب مسلك أحد العاقدين أو بسبب خارج عن إرادتهما ، ويلاحظ أن نظرية السبب التقليدية فى القانون الوضعى تقوم بنفس هذا الدور فى حل نظامى الفسخ وتحمل التبعة [1] .

رابعاً: أن كثيراً من الباحثين قد التفت إلى المبادلة وأهميتها فى العقد الملزم للجانبين فى الفقه الاسلامى ، ورأوا أن الشريعة الاسلامية تراعى فكرة التعادل وأقر بذلك الدكتور محمد زكى عبد البر فى رسالته عن تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ، وأشار الأستاذ عبد الرزاق السنهورى إلى أن فى نصوص الفقه الاسلامى ما يعطى أهمية للمبادلة فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الاسلامى . وأخذ البعض بأن السبب فى الفقه الاسلامى هو المعادلة [2] وإن كان فى ذلك إنكار لشرط شرعية الغاية من المبادلة كما أسلفنا .

---

(١) صلاح الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء .

(٢) شفيق شحاته فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٨٥ — ٨٩ ـ أنه قرر أن البواعث لا أثر لها فى العقد وهو ما لا نوافق عليه .

خامساً : أن الشرط الثانى من شرطى السبب . وهو شرعية الغاية من المعاوضة هو الذى يبقى إذا كان العقد من غير عقود المعاوضات بل كان من عقود التبرعات أو الضمان مثلا (فى العقود غير اللازمة) فهنا لا يبقى سوى الغاية من العقد لأن المعاوضة نفسها غير موجودة فلا يتصور اشتراط التوازن فى مضمون العقد وهو يقوم على التبرع أو لا يراعى فيه هذا التوازن كعقود التوثيق مثلا، ونلاحظ هنا أن المعاوضة المعتبرة شرعاً تتشابه فى صياغتها مع نظرية السبب التقليدية فى القانون الوضعى لأن صياغة السبب فى هذه النظرية فى الالتزام المقابل أو تنفيذه لاتبقى للعقد الذى يخلو من المبادلة إلا الباعث ليكون سببه . غير أن القانون الوضعى جعل نية التبرع هى سبب العقد الذى يخلو من المعاوضة كالهبة (على الأقل فى النظرية التقليدية للسبب) ، ونيّة التبرع فى ذاتها كما قال البعض لا تعنى شيئاً ولكن فى صياغة النظرية فى الفقه الاسلامى ما يجعل السبب فى العقود التى تخلو من المبادلة هو الغاية من العقد . فإذا كان القانون الوضعى يبحث عن النيات ثم عن أثرها فى العقد فإن الفقه الاسلامى يبحث عن الغايات التى قد يصل إليها العقد سواء كان ذلك مما نواه العاقدان أو أحدهما أم لا إذ العقد ليس إلا وسيلة أو ذريعة لمقصد يجب أن يتفق مع مقاصد الشارع .

ويبين مما تقدم أن المعاوضة المعتبرة شرعاً فى الفقه الإسلامى . تقوم بدور السبب فى القانون الوضعى وأن العقد الملزم للجانبين الذى تتخلف فيه هذه المعاوضة بشرطيها لا يكون عقداً صحيحاً حتى لو استوفى رضاء الطرفين وكان محله مشروعاً — فرضاء الطرفين بالربا فى العقد لا أثر له فى بطلان العقد وتعامل الناس بعقود الغرر أو الشروط الفاسدة حتى وإن كان برضاهم لا يصحح العقد أو الشرط

(على خلاف فى مبحث الشرط نبينه فيما بعد) وكذلك تعاملهم فى العقود المنهى عنها والتى أسلفنا حكمة النهى فيها وأنها تتمحض إلى اختلال المبادلة فى هذه العقود . فإن كل ذلك أمر مسلّم فى الفقه الإسلامى لأن رضاء الطرفين ليس كل ما هو مطلوب فى العقد بل إن تنظيم الشارع لآثار العقد أو الالتزامات المتقابلة الناشئة عنه يجب مراعاته فى الحدود التى رسمها الشارع للعقود ، وسوف نعود إلى بحث خصائص المعاوضة التى يعتد بها الشارع وشروطها فى فصل مستقل فى الباب الثانى .

الباب الثانى

الالتزام وسببه فى الفقه الإسلامى

تقسيم :

أشرنا فى الباب الأول : وفى الفصل الثانى منه إلى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى وكيفية استنباط النظرية مما كتبه الفقهاء المسلمون عن المعاوضة فى العقود اللازمة التى تتقابل فيها الالتزامات . أو عن الغاية من العقد فى العقود غير اللازمة والتى لا يراعى فيها التوازن فى مضمون العقد بين العاقدين ، وقبل أن نتحدث تفصيلا عن المعاوضة المعتبرة شرعاً فى العقود اللازمة أو عن الغاية من العقد فى العقود غير اللازمة . نعرض لعلاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى لبيان طبيعتها وتحديد خصائصها حتى ننتهى إلى الالتزام الذى نبحث عن سببه ، وذلك فى الفصل الأول من هذا الباب .

ونبحث فى الفصل الثانى آراء الفقهاء المحدثين الذين تعرضوا لبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى ، وقد تعددت آراؤهم فى ذلك فمنهم من اعتد بالمعاوضة أو المبادلة وجعلها أساساً يقيم عليه السبب فى الفقه الإسلامى ، ومنهم من نظر إلى الباعث على العقد أو التصرف وعده سبباً للالتزام ، وذهب آخرون مذاهب أخرى نعرض لها بالتفصيل . ثم ننتهى بالفصل الثالث ونتحدث فيه عن المعاوضة المعتبرة شرعاً وهى سبب الالتزام فى نظرنا فى العقود اللازمة ، وعن الغاية من العقد أو التصرف وهى السبب فى العقود غير اللازمة .

الفصل الأول

علاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى

تنظيم المعاملات فى الشريعة الإسلامية يتميز تنظيم الشريعة الإسلامية للمعاملات المالية بسمات عديدة تختلف عن سمات تنظيم الشريعة لأمور العبادات أو الأحوال الشخصية ، ذلك أننا نجد فى أمور العبادات وبعض مسائل الأحوال الشخصية نصوصاً مفصلة تضيق مجال الاجتهاد بالرأى فى تفسير هذه النصوص ، ويرجع ذلك إلى أن أمور العبادات لا مجال فيها للعقل كأصل وأن بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج يعد فى الشريعة الإسلامية على صلة وثيقة بالعبادة وإن كان فى طريقة انعقاده قد يخضع لشكل معين إلا أنه من عقود الرضا أصلا ـ وأول سمات التنظيم الإسلامى للمعاملات أن السعى فى الحياة واكتساب المال هو عمل مشروع وقد ورد فى القرآن الكريم بعض أنواع المعاملات المالية . كالبيع والايجار والرهن والجعالة ، وكذلك وردت آية فى المداينات ـ كما تعددت الآيات الكريمة فى الندب إلى السعى فى الحياة لاكتساب المال وتعددت فى ذلك الأحاديث النبوية[1] وسبب شرعية المعاملات كما يقول الفقهاء «هو تعلق البقاء المقدور بمباشرتها» فقد شرع اكتساب المال لأنه طريق لحفظ النفس ، ووسيلته التجارة « لما فى التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد »[2] .

---

(١) يراجع ما أورده الجصاص فى أحكام القرآن جـ ١ ص ٥٤٢ — ٥٤٣ ط المطبعة البهية

(٢) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام جـ ٢ ص ٦٧٨ .

وثانى هذه السمات أن الأصل فى المعاملات الرضا فكل العقود تبنى على الرضا[١] . غير أن هذه القاعدة لا تتساوى مع قاعدة القانون فى الرضا لأن الفقه الإسلامى قد هدف إلى تحقيق الرضا الكامل بالعقد أو التصرف دون الرضا الكافى لانعقاد العقد فكان بسبب ذلك خيارات عديدة كخيار المجلس وخيار الشرط والرؤية والحكمة من هذه الخيارات عموماً أن يكون الرضا حقيقياً وعن بينة واختيار، وقد انتقد البعض كثرة الخيارات فى الفقه الإسلامى[٢] بدعوى أنها تفتح المجال لإضعاف الرابطة التعاقدية .

وثالثة السمات فى تنظيم المعاملات فى الفقه الإسلامى أن الشارع حدد مقتضيات العقود ، وللعاقدين اكتساب العقود ذاتها وتترتب عليها أحكامها التى حددها الشارع، وليس فى ذلك تضييق فى فقه المعاملات لأن تحديد الشارع لمقتضيات العقود قصد به منع الجور على أحد العاقدين ، والآثار التى رتبها الشارع هى الآثار نفسها التى يطلبها العاقدان والتى راعى الشارع أن طلبها يتحقق به المقصود من العقد والتعادل بين طرفيه فيما يرتبه من حقوق والتزامات فالعقود من أفعال المكلفين ومقتضياتها من الشارع[٣] .

ونتحدث عن علاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى بعد أن نشير إلى نظرية الالتزام فى القانون . .

---

(١) الطرق الحكمية ج ١ ص ٢٨٢ ط ١٩٦١ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات شفيق شحاته فقرة ٨٠ وقد رد ذلك النقد الأستاذ مصطفى الزرقاء المدخل إلى نظرية الالتزام فى الفقه الاسلامى ص ١٨ — ١٩ ط ١٩٥٨ على أن أنواع الخيارات وشروطها محل خلافهم فى المذاهب .

(٣) تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩٧ .

نظرية الالتزام فى القانون :

عرّف بعض الفقهاء نظرية الالتزام بأنها مجموع الوسائل القانونية التى يتسنى بها للأفراد اكتساب الحقوق المالية بعضهم فى مواجهة البعض[١] وتعبير نظرية الالتزام فى الواقع هو تعبير يظهر فيه وجه واحد من حالة قانونية تشتمل على الحق والدّين فالحق هو الوجه الايجابى والدّين هو الوجه السلبى ، والالتزام هو الذى يكفل للدائن صاحب الحق الحصول على دينه من المدين الملتزم به ويكون تعبير نظرية الالتزام انشغالا عن الغاية واشتغالا بالوسيلة[٢]. ويرادف تعبير الالتزامات تعبير الحقوق الشخصية وكلاهما قسم من الحقوق المالية التى تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وقد استعمل القانون المصرى القديم لفظ الالتزامات ، بينما استعمل القانون المدنى الجديد فى القسم الأول من المجموعة المدنية التعبيرين معاً وقرنهما ـ فجعل العنوان «الالتزامات أو الحقوق الشخصية » غير أن القانون المدنى الجديد جعل بعد ذلك لفظ الالتزام هو الغالب فى التفصيل وفى العقود وما ينشأ عنها من حقوق شخصية والتزامات .

وقد كان واضعوا القانون المدنى الجديد أمام مشكلة وضع تعريف للالتزام عند وضع النصوص الخاصة بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ورأى واضعوا القانون ألا يضعوا فى المجموعة المدنية تعريفاً للالتزام لأن ذلك كما ذكرت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون — أليق بالفقه —من التشريع وهو مسلك

---

(١) عبد الحى حجازى — نظرية الالتزام — تمهيد .

(٢) المرجع السابق .

حميد إذ أن التعريفات ليست من المحاسن التى يحتويها أى تشريع لما لها من صبغة فقهية وما يثور حولها من جدل إذ يشترط فى التعريف أن يكون جامعاً مانعاً وقد لا يحقق التعريف الذى يوضع فى القانون هذا الهدف المنشود . وقد كان التعريف الذى ورد للالتزام فى المادة ١٢١ من مشروع القانون — هو أن الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل ثم رؤى حذف هذا التعريف من مشروع القانون تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان وتحرزاً من تأكيد الطابع المادى للالتزام فى نص تشريعى تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصى[١] ويرى البعض أن التعريف الذى يبرز الناحيتين المادية والشخصية فى الالتزام كما يبرز عدم ضرورة وجود الدائن عند نشوء الالتزام هو أن يكون الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[٢] ، وهذا التعريف يبرز وجود المدين وهو ضرورى لقيام الالتزام ، كما أن الطابع المادى يظهر فى تعريف الالتزام بأنه حالة قانونية نظراً لزيادة الطابع المادى فى فكرة الالتزام — وهى بعد — كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى نزعة الشريعة الإسلامية فى تصويرها لفكرة الالتزام[٣] .

علاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى :

لم يعن الفقهاء المسلمون كما سبق أن ذكرنا فى عدة مواضع من هذا البحث بوضع نظريات عامة فى المعاملات وإنما وجهوا اهتمامهم إلى الفروع والمسائل

---

(١) مصادر الالتزام — الوسيط للسنهورى — ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩ .

وذلك ظاهر من كتب الفقه على اختلاف المذاهب ، وليس معنى ذلك أن التحليل كان الطريقة المثلى لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أو أنهم لم يعرفوا تأصيل المسائل وإنما معناه أن تدوين الفقه وتناوله اتخذ هذه الطريقة منهاجاً له[١] مع أن التفكير الفقهى نفسه لم يكن دائماً يتخذ هذا المنهاج ، ولم يبحث الفقهاء المسلمون إذا نظرية عامة فى الالتزام أو الحق الشخصى أو فى علاقة المديونية على اعتبار أن ذلك البحث يؤدى إلى الحلول التى أوردوها فى مسائل الفروع فإذا أردنا بيان طبيعة الالتزام فى الفقه الإسلامى فإننا لا نجد تحت هذا المبحث ما يعد نظرية فى الالتزام نستطيع منها بيـــان طبيعته أو عناصره المكونة له ومن ناحية أخرى فإننا لا نستطيع عندما نبحث طبيعة الالتزام فى الفقه الإسلامى ، أن نقيس ما ورد فى الفقه الإسلامى بالأفكار التى سادت أو تسود نظرية الالتزام فى القانون أو فى تحليل الالتزام لأننا إذا فعلنا ذلك أدى بنا إلى نتيجتين كلتاهما لا يرضاها الباحث : أولاهما أن يؤدى ذلك بالباحث إلى محاولة فرض لون من الصياغة أو طريقة فى التحليل على تشريع له صياغته الخاصة التى سبق أن ذكرنا أنها فريدة فى بابها وفى محاولة تقريب الأفكار القانونية من بعضها فى هذا المجال فإننا لابد أن نعتبر أحد المثالين هو الأساس فى التفكير القانونى وفى ذلك من التحكم بالنسبة إلى الفقه الإسلامى ، أو لغيره ، ما يجعلنا ننأى عن ذلك وثانيهما أن الفقه الإسلامى فيه الكثير من الابتداع والتجديد فى الفكر القانونى وهو يفقد كثيراً من هذا الإبداع إذا حاولنا أن نفرض صياغة معينة عليه .

---

(١) راجع فى شأن تدوين الفقه الإسلامى مذكرات فى تاريخ الفقه الإسلامى للأستاذ الشيخ فرج السنهورى سنة ١٩٥٨ — ص ٦٣ — ٦٩ .

ولذلك فإن القاعدة التي نسير عليها في هذا البحث أن نوضح مفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي بغض النظر عن مشابهة هذا المفهوم لما أسلفناه عن مفهوم الالتزام في الفقه القانوني الوضعي ويلزم لذلك التجرد من أساليب التشريعات الحديثة — كما يلزم أيضاً اعتبار المسائل وأحكامها فهي التي توضح الفكرة التي وجّهت الحلول التي تناولتها هذه المسائل وهذه الفكرة توضح لنا طبيعة الالتزام والعلاقة التي تقوم بين طرفيه ، وسوف نعتبر أن الدّين أو الحق الشخصي أوالالتزام كلها تؤدي معنى واحداً وكذلك أية تعبيرات واصطلاحات استعملها الفقهاء المسلمون للتعبير عن العلاقة التي تنشيء الالتزام أو تترتب عليه وهي علاقة الدائنية والمديونية فقد استخدم الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب ، وقد ذكر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية أن الفقهاء المسلمين كانوا يتكلمون عن الدّين بمعنى الالتزام ، أما إذا كان موضوع الالتزام محدداً فكانوا يتكلمون عن القيمة والدين وهو الناحية السالبة للالتزام[1] ولذلك

---

(١) والفرق واضح بين الإلزام والالتزام فالإلزام يأتي من الغير والالتزام يأتي من الشخص نفسه .

وقد عرف المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم الالتزام بمعناه الخاص بأنه إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقا أو معلقا وبالمعنى العام وهو المراد إيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره وإرادته من تلقاء نفسه (مذكرة في بيان الالتزامات للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢١ وما بعدها) وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام بأنه كون الشخص مكلفا بفعل أو بامتناع عن فعل لمصلحة آخر وقد يكون الالتزام عقديا أو غير عقدي كالغصب فهو سبب لالتزام الغاصب — وهذا التعريف في الجزء الأول أشبه بتعريف رجال القانون للالتزام (الجزء الأول ص ٤٣٦) .

وعرفه الأستاذ الشيخ علي الخفيف بأنه تعهد شخصي لايسأل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته إذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط وهو

فإن بحث طبيعة الالتزام فى الفقه الاسلامى تعتمد أساساً على العلاقة القائمة بين المدين وهو الطرف السالب فى الالتزام والدائن وهو الطرف الموجب فيه وعلى موضوع الالتزام وسلطة الدائن به فى الفقه الاسلامى ، ومدلول الالتزام لغة إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له — وفى عرف الفقهاء إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقا أو معلقا على شىء(١) — وهو تعهد شخصى لا يسأل عنه غير الملتزم فكان قاصراً عليه فى حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال ، وهو قسرى واختيارى والاختيارى نوعان ما ينتج من تعاقد أو من عهد قطعه الإنسان على نفسه ، والنوع الأول لازم وغير لازم وهو تعريف الأستاذ الشيخ على الخفيف — وظاهر أنه فى الجزء الأول منه بوصفه تعهداً شخصياً يقترب من فكرة القانون الوضعى وفى الجزء الأخير فى تحديد مداه يتصل بتحديد الذمة — والالتزام القسرى لادخل للارادة فيه والاختيارى

= نوعان اختيارى ما كان بإرادة الإنسان وباختياره فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل والقسرى ما كان نتيجة لالزام ممن له حق الإلزام (بحث فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١١ ص ٥١٥ — ٥١٦

وعرف الدكتور شفيق شحاته الالتزام فى الفقه الاسلامى بأنه عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين وعنصر الطلب هذا هو الذى يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين وهذا الارتباط يسميه الفقهاء المطالبة (النظرية العامة للالتزامات ص ١٨٧ وما بعدها) .

وعرف الدكتور عبد الناصر العطار الالتزام فى الفقه الاسلامى بأنه إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعا ص ٤٤ من رسالته (الأجل فى الالتزام) .

والواقع أن فكرة الالتزام تختلف فى الفقه الاسلامى عن فكرة الالتزام فى القانون الوضعى وقد اكتفى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الاسلامى باستعمال لفظ الالتزام على معناه فى القانون الوضعى جـ ١ ص ٩ وما بعدها .

(١) فتح العلى المالك — ص ١٨٠ — ٢٠٠ — رسالة الحطاب فى الالتزام .

ينقسم فى القانون الوضعى إلى الالتزام الناتج من عقد والناشئ من إرادة منفردة[١] وقد اقتصر الأستاذ السنهورى على اعتبار الالتزام فى الفقه الإسلامى بمعنى الالتزام والضمان[٢] — والواقع أن لفظ الدين كان يترادف مع الالتزام عند فقهاء المسلمين والدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب إذ المقصود الفائدة الحاصلة منه[٣] والواقع أنه من العسير أن نعثر على تعريف للالتزام فى الفقه الإسلامى يقارب تعريف القانون الوضعى للاختلاف الأصيل بينهما فى الصياغة

الحق :

أما الحق فقد عرفه البعض بأنه صفة شرعية بها يقتدر الإنسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعا ، وهو حق ملك الشىء ذاتا ومنفعة وحق الارتفاق[٤] — وذكر البعض أن الحق يطلق فى الفقه الاسلامى على كل عين أو مصلحة يكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها — كما يطلق أيضاً على المصالح الاعتبارية الشرعية التى لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق الخيار وحق الشفعة[٥] وقد قسّم الحنفية الحق إلى نوعين حق مجرد وحق غير مجرد ، فالحق المجرد ما كان غير متقرر فى محله ولا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلا بالتنازل عنه بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته

---

(١) بحث الأستاذ الشيخ على الخفيف فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١١ ص ٥١٥ وما بعدها .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — للدكتور السنهورى ج ١ ص ١٠٢٩

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٤١٩

(٤) المعاملات للمرحوم الأستاذ أحمد أبو الفتح ط سنة ١٩٢٣ ص ٣٠

(٥) الأستــاذ الشيخ على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية هامش ص ٢٨ و ٢٩ ط ١٩٤٤

كحق الشفعة مثلا فهو نوع من الولاية ولا يتعلق حق الشفعة بالعقار المبيع مثلا إلا على هذا الوجه فملكية المشترى للعقار هى بعينها سواء أخذ الشفيع أم ترك وكذلك الحال فى حق الدين بالنسبة للدائن ، أما الحق غير المجرد فهو حالة تعلق الحق بمحله تعلق استقرار ـ بمعنى أن لتعلقه بمحله أثراً وحكما كحق القصاص فهو متعلق بالجانى يصير به غير معصوم الدم فاذا تنازل ولى الدم أصبح دمه معصوما[١] ـ وعرفه الأستاذ الشيخ على الخفيف فى كتابه الحق والذمة بأنه مصلحة مستحقة شرعا ، وعرفه البعض بأنه مطالب بقوة الشرع لشخص على آخر وهذا الحق قد يكون ما يتعلق به قياماً بفعل ذى قيمة لمصلحة صاحب الحق أو امتناعا عن فعل مناف لمصلحته[٢] ، وهذا التعريف قاصر على الحق الشخصى أى الالتزام ، أما الحق العينى فإن العلاقة فيه تقوم بين الشخص والشىء[٣] .

ومقابل ذلك نجد أن الحق فى القانون هو مصلحة مالية يقرها القانون للفرد[٤] أو هو القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون[٥] وعلى ذلك فكل علاقة قانونية يكون فيها أحد الطرفين ملتزماً قبل الآخر بعمل يتمحض عن مصلحة له يسمى الطرف الدائن فيها صاحب حق شخصى ويسرى ذلك على العقود والأفعال الضارة والنافعة على السواء فكل من طرفى العقد له حق شخصى قبل صاحبه ، فالمشترى له حق تسلم المبيع والبائع له حق قبض الثمن، والمضرور له حق التعويض قبل من أضر به بخطئه وفى مقابل

(١) المرجع السابق .

(٢) مصطفى الزرقا — المدخل إلى نظرية الالتزام فى الفقه الاسلامى — ط سنة ١٩٥٨ ص ١٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) نظرية العقد للسنهورى ص ٢٠٠

(٥) النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته فقرة ٧ و ٨ .

الحق يقع الواجب أو التكليف أو الالتزام على الطرف الآخر فاذا وفى بما وجب عليه أو ما التزم به اختياراً كان وجود سلطة الدائن لاقتضاء حقه جبرا ، أو عدم وجودها أمراً غير منظور إليه فى تحديد صفة الحق وما يخوله لصاحبه من سلطة يستطيع بها اقتضاء حقه جبرا عن الملتزم بأدائه إليه ، أما إذا لم يوف المدين أو الملتزم بما عليه جرى البحث فيما يخوله الحق الشخصى لصاحبه من سلطة أو وسيلة لاقتضاء حقه جبرا عن المدين به .

الذمة والالتزام :

الذمة فى اللغة العهد ويكون العهد سبباً للمطالبة أى يطالِب به الانسان ويطالب به ، وتفيد الذمة معنى العهدة التى تكون للشخص فى تحمل الحقوق واصطلاحا ـ الذمة وصف شرعى اعتبارى يصير به الانسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه والذمة أو أهلية الوجوب لا تكون إلا لانسان حى ، وقد وردت الذمة بمعنى العهد فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » أى أن العهد أو الأمان الذى يصدر من أحد المسلمين لفرد أو جماعة يلتزم به المسلمون جميعا فلا ينقضه أحدهم ، وقد عرّفها بعض الفقهاء بأنها « وصف شرعى يصير به الانسان أهلا لما له وما عليه[1] » أو أنهـا أمر شرعى مقدر وجوده فى الانسان يقبل الالزام والالتزام[2] ، وفرق البعض بين الذمة وبين أهلية الوجوب فالانسان يولد

---

(١) تنقيح الأصول جـ ٣ ص ١٥٢

(٢) الأشباه والنظائر ، الحاشية ص ٢١٠ ، وهى وصف يصير به الانسان أهلا لما له وما عليه راجع دكتور سلام مدكور فى المدخل للفقه الاسلامى ص ٣٤٠ والهامش ٣ و ٤ ، وابن عبد السلام الشافعى — فى قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٠٩ يعرف الذمة بأنها تقدير أمر فى الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .

وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء ، أما أهلية الوجوب فهى بناء على قيام الذمة أى لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة لأن الذمة هى محل الوجوب ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال[١] . وينتقد الأستاذ مصطفى الزرقا الخلط بين الذمة وأهلية الوجوب إذ أن بعض كلام الأصوليين لا يخلو من خلط بين التعبيرين كما جاء فى مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول من « أن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً فى أهليته لوجوب أشياء له وعليه فتلك الخصوصية هى المراد بالذمة » وأن تعريف الذمة بأنها وصف أو معنى شرعى مقدر فى الإنسان يقبل الالزام والالتزام أو يصير به أهلا لوجوب ما له وما عليه هو ذهاب بالذمة إلى معنى أهلية الوجوب بعنصريها ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن ذمة الإنسان هى نفسه كما قال فخر الإسلام البزدوى « إن الذمة نفس لها عهد » والمقصود بذلك جعل الذمة أمراً ذا وجود حقيقى واقعى حتى لا تكون الأحكام الشرعية مبنية على شىء افتراضى لاوجود له وهو من قبيل المجاز بإطلاق اسم الحال[٢] .

وافتراض الذمة أو وجودها فى الإنسان له أهمية عملية من جوانب عديدة ذلك أن الإنسان بواسطة هذا الافتراض يستطيع أن يوسع من دائرة معاملاته إلى ما لاحد له إذ الذمة تقبل أن تشغل بالديون إلى ما لاحد له وتكون يد الشخص حرة فى أعيان ماله يتصرف فيها كيف يشاء إذ الديون شغلت ذمته

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقا ص ٢١١ نقلا عن شرح أصول فخر الإسلام للبخارى .

(٢) المرجع السابق ص ٢١٣ — ٢١٥ على أن بعض الفقهاء قد ميز بين الذمة وأهلية الوجوب صراحة وانتقد أيضاً الخلط بينهما ، الفروق للقرافى جـ ٣ ص ٢٢٦ إذ انتقد الخلط بين الذمة والأهلية بالنسبة للصبى غير المميز .

ولم تتعلق بعين من الأعيان ، ولولا افتراض الذمة وأنها تشغل بالديون والالتزامات لما استطاع الشخص أن يكون فى معاملاته حراً ما دام كل دين يتعلق بعين أو بجزء من ماله معيناً ومحدداً ، والذمة بذلك هى محل اعتبارى مقدر فى الشخص تشغله الديون التى تتحقق عليه فالذمة تثبت للانسان فلا يوجد شخص لا ذمة له لأنها من لوازم شخصية الإنسان ، والذمة لا حد لها لأنها أمر اعتبارى يتسع لكل ما يتصور من الحقوق ، ولا يكون للشخص أكثر من ذمة ولا يشترك معه غيره فيها .

ونبحث الالتزام من حيث أطرافه وموضوعه ومركز طرفيه الدائن والمدين فى الفقه الإسلامى .

الالتزام وأطرافه :

وعلاقة الالتزام تتضمن طرفين هما الملتزم والملتزم له أو المدين والدائن ووجود الملتزم أمر ضرورى لأنه عليه الأداء والتكليف ولا ينشأ دين بغير ذمة يشغلها عند إنشائه ، ومن المسلم أنه يتعين وجود المدين عند إنشاء الالتزام . أما الدائن فإن فروع الفقه الإسلامى تسمح بالقول بأنه ليس من الضرورى وجوده وقت إنشاء الالتزام وإن كان وجوده وقت القبض أمر لا بد منه حتى تتحقق علاقة الالتزام . فعندما يبيح الإمام السلب فى الجهاد يكون لمن قتل قتيلا أن ينال سلبه وقد ورد مثل هذا عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «من قتل قتيلا فله سلبه»[١] .

والسلب يستحق بقول الإمام عند الإمام مالك وبالقتل عند الشافعى وابن حنبل رضى الله عنهما وقال أبو حنيفة يستحق بقول الإمام وذلك راجع إلى

---

(١) الدر المختار جـ٣ ص ٢٣٨ .

الخلاف فى أنه وقع من الرسول صلوات الله عليه بحكم الفتيا أو بحكم الإمامة لأن ما يقع من تصرفات الرسول بالإمامة لا يستحق إلا بإذن الإمام ، وما وقع بطريق الفتيا لا يحتاج إلى إذن الامام[١] وكذلك يجوز أن يوجه الإنسان الطلب إلى غير معين ويلتزم قبله إذا تعين كما فى الجعالة وهى ثابتة بقوله تعالى فى سورة يوسف (قالوا نفقد صواعَ الملكِ ولمن جاء به حملُ بعير وأنا بِهِ زَعيم) وشرط البعض للاستحقاق أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو أشخاص معينين باعتباره إجارة على عمل[٢] وقال ابن حزم لا يجوز الحكم بالجعل على أحد فمن قال لآخر أن جئتنى بعبدى الآبق فلك علىّ دينار أو قال إن فعلت كذا فلك على درهم فجاء به لم يقض عليه بشىء ويستحب لو وفّى بعهده ، واستدل على ذلك بأن العقود التى أمر الله بالوفاء بها هى العقود التى سماها وأن كل ما عداها حرام عقده وكذلك فإن العقود ليست جميعاً لازمة كأن يعقد الإنسان على نفسه أن يصنع شيئاً لا يجب عليه ، وكذلك فإن شريعة من قبلنا لا تلزمنا فى خصوص الحكم الذى ورد فى سورة يوسف لقوله تعالى : (لكلٍ جعلنا منكم شرعة ومِنهاجاً)[٣] وقال ابن حزم فإن قيل أنه وعد فإنه ليس كل وعد يجب الوفاء به وإنما يجب الوفاء بالوعد بالواجب الذى افترضه الله تعالى فقط ولا يلزم أحداً ما التزمه لكن ما ألزمه الله تعالى به[٤] .

غير أن رأى ابن حزم المتقدم فيه تضييق فى حرية الشخص فى الالتزام

---

(١) الفروق للقرافى جـ ٣ ص ٧٧ .

(٢) رد المحتار جـ ٣ ص ٣٢١ .

(٣) المحلى جـ ٨ ص ٢٠٤ — ٢٠٥ ط المنيرية .

(٤) المرجع السابق ص ٢٠٥ — ٢٠٦ ، وهو رأى منتقد لما فيه من التضييق ولأن الأمر بالوفاء بالعقود ورد عاما .

بارادته وسنشير إلى ذلك فيما بعد . على أن الفقه الاسلامى على إجازة إنشاء الالتزام فى الجعالةدون أن يكون الدائن معيناً ويجب الجعل بتمام العمل ولايجب ببعضه ويجوز الرجوع فيه قبل الشروع فى العمل لأنه من العقود التى لاتستلزم مصلحة مع اللزوم[1] ، وأ كثر اختلاف الفقهاء فى لزوم العقد ووقت اللزوم مما لاحاجة لتفصيله .

موضوع الالتزام :

والالتزام قد يكون موضوعه ديناً يتقرر فى ذمة المدين فإذا اقترض شخص من آخر كان المقترض مديناً والتزامه موضوعه الدين الذى يجب عليه الوفاء به وكذلك التزام للشترى بثمن المبيع فهو التزام بدين ويثبت فى الذمة ويلتزم المشترى بأدائه فى وقت البيع أو الوقت المحدد فى العقد وقد يكون موضوع الالتزام عملا كما فى عمل الأجير إذ يستحق الأجر مقابل العمل والالتزام بالدين أو بأداء عمل لاشبهة فى جوازه ، إذ كل العقود التى تناولها الفقهاء تقريباً لاتخرج عن الالتزام بالدين أو بالعمل كالاجارة على عمل والمزارعة والمساقاة وغيرها مما يكون فيه الالتزام منصباً على عمل ويلتزم به أحد أطراف العقد ومن الالتزامات ما يكون موضوعه العمل والشىء كما فى عقد الاستصناع وهو متفق على جوازه للحاجة إليه والتعارف عليه ، وقد يكون موضوع الالتزام عيناً معينة إذ يتكلم الفقهاء عن الالتزام إذا كان محله ديناً وإذا كان محله عيناً كتسليم المبيع فى عقد البيع سواء كان عقاراً أو منقولا والالتزام بالعين لا يقبل التأجيل لأن الأصل أن التأجيل لا يكون إلا لما يثبت فى الذمة .

---

(١) زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم الجوزى — طبعة اليمنية ج ١ ص ١١٣

وقد يكون موضوع الالتزام امتناعاً عن عمل ونحن لا نتكلم هنا عن الالتزامات التى يفرضها الشرع على الكافة بالامتناع عن فعل ما نهى عنه الشارع فإن ذلك بطبيعة الأمر مسلَّم فى الفقه الاسلامى ، إذ التكليف والالزام بالامتناع عن عمل معين هو مما يقع فى مقدور المكلف وليس هناك ما يمنع من التكليف به عقلا وقد ورد الشرع بذلك فى أحوال كثيرة يدخل فيها بطبيعة الحال الالتزام بعدم الاضرار بالغير وعدم التعدى عليه فى نفسه وماله وكل ذلك أمر سلبى لا يقتضى من المكلف سوى الكف عن فعل ما نهى عنه الشارع ، أما أن يكون الالتزام عبارة عن التزام بالامتناع عن عمل جائز فإن ذلك لا يظهر من كتب الفقه جوازه ، كما لو اتفق شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً معيناً إذا هو امتنع عن القيام بعمل معين يكون من حقه أن يقوم به ، على أن الالتزام بالامتناع عن عمل جائز فى الفقه الاسلامى عند المالكية ذلك أن حقوق الارتفاق عندهم غير محصورة فيجوز للشخص أن ينشىء التزاماً على نفسه بألا يقيم فى أرض يملكها بناء وذلك مراعاة لشخص آخر لقاء مبلغ من المال أو لقاء امتناع المالك الآخر عن نفس الفعل ، أما الحنفية فإن حقوق الارتفاق عندهم محدودة وهى حقوق الشرب والطريق والمجرى والمسيل والتعلى والجوار — وإنشاء حقوق الارتفاق تقييد للملكية فهو بذاته استثناء لا يتوسع فيه ومن ثم لا يجوز أن ينشىء الشخص حقوق ارتفاق على نفسه غير ما جرى بها الشرع — والبحث هنا فى الالتزام الذى يكون أصلا عبارة عن امتناع عن عمل ويكون هذا العمل من حق الشخص القيام به .

على أن الامتناع عن عمل يصح أن يكون محلا للالتزام وقد ورد كثير

من ذلك فى كتب الفروع فى الفقه ومن ذلك أنه يجوز للزوجة فى عقد الزواج أن تشترط على زوجها ألا يسافر بها إلى بلد بعيد فيصح هذا الشرط مع أن من حق الزوج أصلا السفر بزوجته . كما نص المالكية على أنه إذا اتفق المشترى فى البيع بالمزاد مع أحد منافسيه على أن يكف عن الزيادة فى الثمن لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق المبلغ سواء ابتاع المشترى السلعة أم لا(١) .

سلطة الدائن بالالتزام فى الشرائع القديمة :

إذا عرفنا أن الالتزام حسبما يتضح من اللفظ هو فى ذاته قيد على المدين به كان من الواجب أن نعرف ما يمنحه هذا القيد لصالح الدائن من حق يجعله قادراً على استيفاء الالتزام إذا لم يوف به المدين اختياراً ، والشرائع فى ذلك ما بين شريعة تأخذ المدين بالرفق وأخرى تأخذه بالشدة ، وقد هذب الزمن كثيراً من أحكام الشرائع القديمة بالنسبة لسلطة الدائن على المدين .

ففى الشرائع القديمة يستنتج من عبارات العقود المصرية القديمة أن المصرى القديم كان عند تداينه يعتقد أن تأخيره فى الأداء تقصير دينى ، وكان عقابه التغريم أى دفع مبلغ معلوم من المال أو الغلال للتكفير عن معصيته ومن أنواع الغرامات التى أحدثها قدماء المصريين فى حالة تأخر المدين عن الاداء التزامه بأداء كفارة لخزينة الكفارات الخاصة بالملك وهى عبارة عن مقدار من المال يشترطه الطرفان وقت التداين فوق الغرامة التى تؤدى للدائن فإذا حل الأجل وتأخر المدين عن الاداء رفعت الشكوى إلى الحاكم فيحكم على المدين بالدين والجزاء ، ويأمر الحاكم ببيع ما يكفى من أمتعته لاداء المطلوب من أصل وغرامة

---

(١) مصطفى الزرقا — فى المدخل الى نظرية الالتزام ص ٨٢ الهامش طبعة سنة ١٩٥٨ .

وإن كان المدين معسراً حبسوه كما يحبس من يتأخر فى سداد الأموال الأميرية[١]. وهذا النظام المصرى القديم كان فيه سمات من المنطق والبعد عن القسوة مع المدين فبيع مال المدين أمر مازال هو وسيلة التنفيذ على المال ، والحبس قد تناولته بعض الشرائع المتقدمة كالشريعة الإسلامية إذا كان عدم الوفاء فى ذاته ظلماً للدائن .

وقد كان التنفيذ الجبرى فى القانون الرومانى القديم ينصب على جسم المدين ، ولم يكن القانون الرومانى القديم يعرف سوى طريقة واحـــدة لتنفيذ الالتزام بالدين وهى أن يقود الدائن مدينه أمام القضاء بغرض إخضاعه لسلطته ولا يستطيع المدين أن يتحرر من سلطة الدائن إلا بدفع ما عليه فإذا لم يدفع ما عليه يسلّم المدين إلى الدائن الذى يقيده لديه ، وقد نظمت نصوص الألواح الإثنى عشر شروط هذا الحبس ـ وخلال مدة الحبس كان الدائن ملزماً باقتياد المدين إلى ثلاثة أسواق متتابعة فى اليوم المحدد للسوق ويعلن بصوته العالى مقدار الدين وفى نهاية ستين يوماً إذا لم يدفع الدين كان المدين السيء الحظ يساق إلى الموت أو يباع كعبد إلى أى أجنبى[٢] وفى نهاية عصر الجمهورية كانت طريقة التنفيذ على جسم المدين قد تعدلت فإذا لم يدفع المدين دينه فإنه لا يقاد إلى الموت أو يباع كعبد ولـكنه كان يقيد لدى الدائن الذى كان له أن يكرهه على العمل لديه ، ومن الطبيعى أن يعتبر النظام القانونى القديم لدى الرومان نظاماً قاسياً لم يراع فيه سوى جانب الدائن إذ لم يصل القانون الرومانى إلى التنفيذ على مال المدين فحسب إلا بعد تطور طويل ويقول البعض أن ذلك

---

(١) المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ ص ٨٤،٨٣ وما يشير إليه من مراجع .

(٢) التحليل المزدوج للالتزام ص٥٣ — كومباراتو : رسالة من جامعة باريس .

التطور كان بعد اختلاط الرومان بأهـل المشرق واطلاعهم على الشرائع الدينية القديمة ، وهى على العموم كانت أخف وطأة من قتل المدين أو بيعه فى أحكامها[١] .

حدود سلطة الدائن فى الفقه الإسلامى :

أما سلطة الدائن على مدينه فى الفقه الإسلامى فهى فى أشد حالاتها ليست سوى تقييد لحريته ، وفى الحدود التى تؤدى إلى قضاء الدين إذ ينظر الشارع الإسلامى إلى منع الظالم كهدف ، ويكون الظلم لاحقاً بالمدين إذا كان معسراً لا يستطيع الوفاء ويحبس فى الدين ، ويكون الحال على خلاف ذلك ويلحق الظلم بالدائن إذا كان المدين قادراً على وفاء الدين وحبس الوفاء عن الدائن ظلماً .

وفى حدود هاتين الفكرتين الأساسيتين بحث علماء الفقه الإسلامى سلطة الدائن على المدين ، فالتشدد دائماً يكون لمواجهة ظلم المدين بمطله مع قدرته والتيسير دائماً على المدين الذى يثبت إعساره وهذه الصياغة تتفق مع مصدر الفقه الإسلامى وهو مصدر دينى كما أنها بجانب ذلك لا تنبو عن المنطق ولا تخالف مصلحة الدائن أو المدين .

ونجد فى جانب الرأفة بالمدين والنظرة إليه بما يتفق معها . قوله تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون) والآية خاصة بالرفق بالمدين المعسر أى الذى لا يؤدى التزامه فى الأجل المقرر له ، وقد ذهب ابن عباس فى تفسير هذه الآية إلى أنها خاصة بدين الربا

---

(١) المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ ص ٧٨ ط ١٩٠٢ .

فكان يشرع للقاضى حبس المدين المعسر فى غير الربا من الديون ، وذهب بعض الفقهاء الآخرين إلى أن هذا الحكم وهو التأجيل والإعذار والرفق بالمدين خاص بدين الربا وغيره فهو يخص المدين مطلقاً وهو الرأى الصحيح وإلا لزم تخصيص لفظ العموم « ذو عسرة » من غير دليل[1] .

ويقول الجصّاص الحنفى فى أحكام القرآن أن قوله تعالى « فنظرة إلى ميسرة » (ينصرف إلى وجهين) إما أن يكون وقوع الانتظار وهو تخليته من الحبس وترك عقوبته إذا كان غير مستحق لها لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما جعل مطل الغنى ظلماً فإذا ثبت إعساره فهو غير ظالم فأمر الله بانتظاره من الحبس فلا يوجب ذلك ترك لزومه ، أو أن يراد الندب والارشاد إلى إنظاره بترك لزومه ومطالبته واللزوم لا يمنعه من التصرف فإنما معناه أن يكون معه من قبل الطالب من يراعى أجره فى كسبه ومايستفيده فيترك له مقدار القوت ويأخذ الباقى قضاء من دينه وليس فى ذلك إيجاب حبس ولاعقوبة[2] ومقتضى ذلك أنه لا إكراه فى التنفيذ لاقتضاء الدين بل الرفق بالمدين وإنظاره إلى ميسرته أو أن يكون لزوم الدائن للمدين مما لا يقيد حرية المدين ولا يضيق عليه بل يكون الغرض منه هو ضمان استيفاء الدين مما يفيض عن حاجة المدين من كسبه كما تقدم وليس فى ذلك إيجاب حبس أو عقوبة كما يقول الجصاص الحنفى ، ويقول ابن قيم الجوزية « كان على رضى الله عنه لا يحبس فى الدين ويقول أنه ظلم قال أبو داود فى كتاب السنن حدثنا عبد الله بن عثمان يعنى ابن معاوية عن محمد بن على قال : قال على:

---

(١) مذكرات فى البيوع للمرحوم الأستاذ محمد يوسف موسى : دبلوم معهد الشريعة الإسلامية سنة ١٩٥٨ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٩٨ ط المطبعة البهية .

« حبس الرجل فى السجن بعد معرفة ما عليه من الحق ظلم » وقد روى ذلك أيضاً عن على بن أبى طالب من طريق آخر ـ قال أبو نعيم حـــدثنا إسماعيل ابن إبراهيم قال : سمعت عبد الملك بن عمير يقول : « إن علياً كان إذا جاءه الرجل بغريمه قال له عليه كذا يقول اقضه . فيقول : ما عندى ما أقضيه . فيقول غريمه أنه كاذب وأنه غيب ماله فيطلب على رضى الله عنه من الدائن أن يستحلف مدينه على أنه لم يغيب ماله ، فإذا لم يرض الدائن باستحلاف مدينه سأله على عما يريده . فيقول : أريد أن تحبسه لى . فيقول له على : لا أعينك على ظلمه فيقول الدائن إذا ألزمه ، فيقول له على، إن لزمته كنت ظالماً له وأنا حائل بينك وبينه[1] .

ويقول ابن قيم الجوزية : إن هذا الحــكم عليه جمهور الأئمة فيما إذا كان عليه دين من غير عوض مالى كالإتلاف والضمان والمهر فإن القول قوله مع يمينه ولا يحل حبسه بمجرد قول الغريم أنه ملىء وأنه غيب ماله إذ لا يقبل قول غريمه عليه دون أن يكون هناك أصل من بدل أو عوض وهذا ما ذكره أصحاب الشافعى ومالك وأحمد وأما أصحاب أبى حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام قسم عن عوض مالى كالقرض وثمن البيع ونحوه ، وقسم لزمه بالتزامه كالــكفالة والمهر وعوض الخلع ونحوه وقسم لزمه بالتزامه وليس فى مقابلة عوض كبدل المتلف وإرش الجناية ونفقة الأقارب والزوجات وفى القسمين الأولين يسأل المدعى عن إعسار غريمه فإن أقر بإعساره لم يحبس له وإن أنــكر

---

(١) الطرق الحــكمية فى السياسة الشرعية ص ٣٣ — ٧٤ ط سنة ١٩٦١ والأصل أن يقوم المدين من نفسه بالوفاء بالدين أو الالتزام لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » يراجع الحجر بسبب الدين : رسالة أحمد على الخطيب ص ١٥٩ .

اعساره وسأل حبسه يحبس له لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده أما إلتزامه القسم الآخر باختياره فهو يدل على قدرته على الوفاء .

ويقول ابن القيم الذى يدل عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع أنه لا يحبس فى شىء من الديون إلا أن يظهر بقرينة أنه قادر مماطل سواء كان دينه عن عوض أوعن غير عوض وسواء لزمه باختياره أو بغير اختياره فإن الحبس عقوبة لا تسوغ إلا إذا تحقق سببها ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لغرماء المفلس الذى لم يكن له مايوفى به دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ولم يحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دين قط ولا أبو بكر بعده ولا عمر ولا عثمان وقد ذكرنا قول على رضى الله عنه[1] .

ويقول ابن حزم الظاهرى : « ومتى ثبت للناس عليه حقوق من مال أو مما يوجب غرم مال ببينة عدل أو باقرار منه صحيح بيع عليه كل ما يوجد له وانصف الغرماء ولا يحل أن يسجن أصلا »[2] إلا إذا وجد له من نوع ماعليه فينتصف الناس منه من غير بيع كمن عليه دراهم ووجدت له دراهم وهكذا فى كل شىء لقوله تعالى : (كُونُوا قوّامِينَ بالقسط) ولتصويب رسول الله صلى الله عليه وسلم قول سلمان : « إعط كل ذى حق حقه » ويقول رسول الله : « مطل الغنى ظلم » فسجنه مع القدرة على انصاف غرمائه ظلم له ولهم معاً وحكم بما لم يوجبه الله تعالى قط ولا رسوله وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم سجن قط[3] .

---

(١) المرجع السابق ص ٧٥ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٦٨ المسألة ١٢٧٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦٨ .

وقد رد ابن حزم على من قال بجواز حبس المدين استناداً إلى رواية عن طريق أبى بكر بن عياش : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس فى تهمة» وعن طريق أبى مجاز : أن غلامين من جهينة كان بينهما غلام فأعتقه أحدهما فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمته ، ورد ابن حزم الروايتين لأن رواية أنس عن أبى بكر بن عياش وهو ضعيف ، وحديث حبس الغلام حتى باع غنيمته مرسل ولا حجة فى مرسل ولو صح لما كان فيه حجة لأنه قد يخاف عليه الهرب بغنيمته فحبس بسببها ، وقد يكون الحبس إمساكا فى المدينة وليس فيه أصلا أنه حبس فى سجن — كما احتج ابن حزم برواية عن أبى سعيد الخدرى قال : أصيب رجل فى ثمار ابتاعها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكثر دينه فقال عليه السلام تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال عليه السلام لغرمائه : «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» فهذا نص جلى على أنه ليس لهم شىء غير ما وجدوه وأنه ليس لهم حبسه وأن ما وجد من ماله للغرماء . كما أورد برواية أخرى : أن رجلا أتى أبا هريرة بآخر فقال له إن لى على هذا ديناً فقال للرجل ما تريد قال احبسه فقال أبو هريرة لا ولكن يطلب لك ولنفسه ولعياله ، وقد أمر الله تعالى بالقيام بالقسط ونهى عن المطل والسجن مطل وظلم[1] . على أن ابن حزم أجاز إجارة المدين إذا كان يقدر على ذلك لوفاء الدين والدين عنده يقضى من فضول الرزق

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٠ — ١٧٢ ، وتفسير ابن حزم للحبس على أنه قد يكون إمساكا بالمدينة فحسب يتفق مع عدم وجود سجن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو لا يتعارض مع الرواية التى ذكرت الحبس لأنها ذكرته مطلقاً يصح عن الحبس فى مكان له أو الإمساك فى المدينة .

وهى التى لا يصح أن الله تعالى آتاها الإنسان إلا ببينة . ذلك أن إجازة استئجار المدين لا تتعارض مع الإنظار فهى من باب السعى لإجبار المدين على التكسب لغرمائه ولنفسه ولعياله[١] .

على أننا نجد إلى جانب ذلك من الآراء التى لا تجيز حبس المدين ولا تجيز القسوة عليه بغرض استيفاء الدين آراء أخرى ، أشد مراعاة لجانب الدائن وقد ورد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لىّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » رواه أبو داود وابن ماجة والنسائى وابن حنبل ، كذلك رواية عن هرماس بن حبيب رجل من أهل البادية عن أبيه قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم بغريم لى فقال لى ألزمه ثم قال : « يا أخا بنى تيم ما تريد أن تفعل بأسيرك» رواه أبوداود وابن ماجه ، ثم ماروواه الدارقطنى عن كعب بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل فى دين كان عليه ، ويقول الجصّاص الحنفى قال تعالى : (وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون) فجعل للدائن المطالبة برأس المال وقد تضمن ذلك أمر الذى عليه الدين بقضائه وترك الامتناع عن ذلك فإنه متى امتنع عنه كان ظالماً ولاسم الظلم مستحقاً وإذا كان كذلك استحق العقوبة وهى الحبس ، واتفق الجميع على أنه لا يستحق العقوبة بالضرب فوجب أن يكون الحبس لاتفاق الجميع على أن ما عداه من العقوبات ساقط عنه ، وإذا كان موسراً ترك فى الحبس أبداً حتى يفى الدين وإن كان معسراً أخلى سبيله[٢] . وبعض الفقهاء فرق بين ما إذا

---

(١) المرجع السابق ص ١٧٣ .

(٢) أحكام القرآن جـ١ ص ٥٦٣ — ٥٦٤ المطبعة البهية ، ومن باب مراعاة الدائن ما ورد من أن الميت مرتهن بدينه — نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٧ وأنه يحل شكايته وحبسه —

كان الدين أصله من مال وقع فى يد المدين كأثمان البياعات والعروض فيحبسه به وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والصلح والكفالة فلا يحبسه حتى يثبت وجوده وملاءته[١] .

مدى سلطة الدائن بالالتزام :

الحبس — الملازمة — البيع الجبرى — الحجر :

وهذه الأحاديث توضح أن للدائن أن يعاقب مدينه على مطله ويغلظ له فى القول فى السر والعلن وله أن يأسره وأن يلزمه حتى يؤدى الدين ، والملازمة كما شرحها الجصاص « أن يكون مع المدين رجل من قبل الطالب يراعى أمره فى كسبه ومايستفيده منه فيترك له مقدار القوت ويأخذ الباقى قضاء لدينه فليس فى ذلك إيجاب حبس ولاعقوبة »[٢] . كما أن للدائن طلب حبس مدينه فضلا عن ملازمته عند الامتناع عن الوفاء مع القدرة عليه وكذلك له بيع جانب مما يملكه المدين جبراً عنه[٣] ولكن يأمره القاضى بأداء الحق قبل ذلك ، وإذا وعد المدين الظاهر عليه اليسار المجهول المال بقضاء الدين المطلوب منه وطلب

— المرجع السابق ص ٣٤٠ — ومن أنه ورد أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يصل على ميت عليه دين حتى وفاه أحد الصحابة سنن أبى داود جـ ٣ ص ٢٥٣ — غير أنه ورد بعد ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من مات وعليه دين فعلى قضاؤه » ويلاحظ أن عدم الصلاة على الميت فى الحالة الأولى يتصل بالجزاء الأخروى فحسب ، وأنه لم يحدث مطلقاً بل وفى أحد الصحابة الدين وصلى عليه الصلاة والسلام على الميت فكان فى إشارته الأولى عليه السلام مجرد تنبيه على وجوب الوفاء بالدين وفى نظرنا أنها خرجت عن معنى العقوبة .

(١) المرجع السابق — وأجاز البعض الضرب إذا ظهر عناد المدين ومطله — فتح العزيز جـ ١٠ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٢) أحكام القرآن جـ ١ ص ٤٧٨ .

(٣) الفتاوى الهندية «باب الحبس والملازمة» جـ ٣ ص ٤١٢ — وفى مشروعية الحبس أن الرسول صلى الله عليه وسلم حبس رجلا ساعة من نهار ثم خلى سبيله — التلخيص الحبير جـ ١٠ ص ٢٢٨ .

تأخير الحبس زمناً يسيراً كيوم أو خمسة يجاب طلبه ويؤخذ منه كفيل بالمال وإن لم يأت بكفيل سجن ، ولكن يمهل المدين الظاهر الحال أو مجهول الحال إذا طلب التأجيل لبيع عروضه إن أعطى كفيلا بالمال[1] وفى بيع المال كما جاء فى الفتاوى الهندية فى باب الحجر يباع فى الدين النقود ثم العروض ثم العقار ويبدأ بالأيسر فالأيسر وهذا يماثل أصول التنفيذ فى الوقت الحاضر من البدء بالتنفيذ على المنقول ، وما يلجأ إليه المشرع من جعل إجراءات الحجز على العقار طويلة ومتعددة بخلاف إجراءات الحجز على المنقول، وكل ذلك يقصد به أن يكون نزع ملكية العقار حيث لايفى الدين غيره وفى هذا الحكم بلاشك حماية للمدين ومراعاة لجانبه إذ العقار هو الذى يغل إيراداً قد يمكن سداد الدين منه وبذلك يكون تنفيذ الالتزام جبرا معروفا فى الفقه الاسلامى عند الامتناع عن الوفاء ويكون الالتزام متضمنا عنصر الاكراه وهو ما يميزه عن غيره من الواجبات الشرعية التى يحض عليها الاسلام كالاحسان إلى الفقير أو اكرام الضيف أو غير ذلك من المأمورات التى لا ينشأ عنها دين فى الذمة أو التزام فكل ذلك يصح فيه القول بأنه ما على المحسن من سبيل ، أما الالتزام فيحمل فى ذاته واجباً على المدين بالوفاء به وسلطة للدائن يستعملها عند عدم الوفاء اختياراً .

وقد فهم البعض من الحديث الذى أوردناه فيما سلف والذى جاء فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل ماله وباعه فى دين كان عليه — أن المبيع كان معاذاً ، وقالوا إن بيع المدين كان متعارفاً عليه قبل

---

(١) منح الجليل ج ٣ ص ١٤٢ .

الإسلام[1] على أن هذا الحديث قد ورد فى رواية أخرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قد باع لهم ماله حتى قام معاذ بغير شىء[2] مما يقطع بأن المبيع لم يكن معاذاً رضى الله عنه ، وإنما كان ماله فحسب ، فضلا عن أنه لم يكن معروفاً بيع المدين ولا حدث فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد ورد فى مجمع الأنهر أن حبس المدين المماطل مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وإذا ثبت الحق للمدعى وطلب حبس خصمه فإن ثبت الحق بالإقرار لا يحبس إذ لم يعرف كونه مماطلا ولعله قد أقر بالدين رجاء إنظاره إلى ميسرة إلا إذا أمر بالأداء فأبى ، أما إذا ثبت الحق بالبينة حبس المدين قبل الأمر بالدفع وذلك لأن إنكاره دليل مطله[3] وقيل لا يحبس قبل الأمر بالدفع ، وإذا كان ثمن المبيع هو السبب فى الدين كما فى عقد البيع إذا كان مؤجلا واشترى المدين به المبيع وتسلمه ثم أفلس فقد جاء عن الإمام مالك مرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم : أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذى ابتاعه منه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة بالغرماء[4] وإذا ادعى المدين الفقر وكان ظاهر حاله الغنى ولم يستطع إثبات الفقر وعدم القدرة على الوفاء سجن ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين ، ويحبس المسلم للكافر فى الدين ، وإذا ثبت الاعسار على المدين فلا يحبس أما من علم غناه أو كان ظاهراً فيحبس حتى يوفى حقوقهم[5] والحجر على المدين بسبب الدين

---

(١) جاء فى منح الجليل كان الحكم فى أول الإسلام بيع المدين فما عليه من الدين ج ٣ ص ١١٢ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر المجلد الثانى ص ١٦٠ — ١٦١ ط الطباعة العامرة .

(٤) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٥ ص ٨١ مطبعة السعادة .

(٥) المرجع السابق ص ٨٢ .

مختلف فيه فالإمام أبو حنيفة يرى أنه لا يجوز الحجر بسبب الدين وإن استغرق مال المدين أو طلب الغرماء ذلك، ويصح للمدين رغم الدين أن يتصرف فى ماله[١] . على أن المفتى به فى المذهب أنه يجوز للقاضى أن يحجر على المدين بسبب الدين متى كان دينه مستغرقاً فلا يجوز له بعد الحجر أن يتصرف فى ماله بهبة أو بصدقة أو إقرار بمال لمن له عليه دين غير من حجر عليه بطلبهم — وللقاضى أن يبيع مال المحجور عليه بالدين ليسدد منه الديون إذا امتنع عن بيعه ويقسم بينهم قسمة غرماء — كما أن للدائنين أن يلازموا المدين وللقاضى أن يحبسه حتى إذا ظهر إعساره خلّى عنه غير أنه إذا حبسه القاضى لا يضرب ولا يهان ولا يقيد أو يخوف أو يوقف بين يدى الدائن له ولا يخرج لأداء الجمعة أو العيد أو الحج[٢] .

وقال الشافعية يحجر على المدين بسبب الدين إذا كان أكثر من ماله أما إذا كان مساويا لما له أو كان ماله أكثر فلا يصح الحجر عليه ولا يصح الحجر إلا إذا كان الدين حالا ويستحب أن يبادر القاضى إلى بيع مال المفلس ويتقاسمه الدائنون قسمة غرماء[٣] .

والمالكية يجيزون الحجر بسبب الدين إذا استغرق الدين مال المدين واختلفوا فيما إذا كان الدين مساويا لمال المدين فقيل أنه يكون سببا للحجر وقيل لا وللدائنين فى حالة استغراق الدين لمال المدين أن يمنعوه من هبة بعض ماله

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى وهو رأى الإمام وزفر جـ ٧ ص ١٦٩ — كما يرى ذلك الظاهرية المحلى جـ ٨ المسألة ص ١٣٩٤ . ورأى الصاحبان جواز الحجر البحر الرائق جـ ٨ ص ٨٣

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة فى المعاملات — لعبد الرحمن الجزيرى ص ٤٨٧ — ٤٨٩ .

(٣) الأم جـ ٣ ص ١٨٦ — ١٨٧ — مغنى المحتاج جـ ١٤٧ ، ١٤٨ وتصرف المدين المحجور عليه إما أن يكون موقوفاً أو باطلا عند الشافعية — الأم جـ ٣ ص ١٨٦ .

أو أن يكفل شخصا مما قد يضر بأموالهم وإذا وهب أحداً شيئاً فلا يحل للموهوب له أخذه ، على أنه ليس لهم الحق فى منعه من النفقة على نفسه ومن تلزمه نفقتهم كابنه وأبيه دون إسراف ، ولا ما جرت به العادة كالصدقة القليلة للسائل ونفقة العيدين والأضحية ، ويجوز حبس المدين عندهم فإذا ثبت أنه معسر خُلّى سبيله[1] .

وأجاز الحنابلة الحجر على المدين متى كان دينه مستغرقا لماله ويسمى المدين الذى يستغرق الدين ماله مفلسا لأن ماله الذى تحت يده مستحق للغير ولكن لا يحجر عليه إلا بطلب الدائنين كلهم أو بعضهم وبعد الحجر يبيع الحاكم ماله ويقسمه على الدائنين قسمة غرماء وللدائن منع المدين من السفر إذا خيف على الدين[2] .

الالتزام والمسؤولية :

رأينا أن علاقة المديونية ينظر فيها إلى المدين والدائن معا ويخاطب بها الطرفان خطابا نجد فيه التوازن ، ولا نرى غلوا فى حماية الدائن وإهدارا لحرية المدين أو كرامته عند العجز عن الوفاء ولانرى من ناحية أخرى تفريطاً فى حق الدائن وفتحا لباب التخلص من أداء الالتزام دون الوفاء به ، بل نجد خطاباً للمدين بالوفاء وتحذيرا له من مغبة الرغبة فى التخلص من أداء الالتزام وخطابا للدائن بإنظار مدينه حتى يستطيع الوفاء فيكون فى ذلك مصلحة لطرفى العلاقة معا .

---

(١) المدونة ج ٤ ص ١٢٢ حاشية الدسوق ج ٣ ص ٢٩٢ — وأجازوا له بعض التصرفات التى تدل على الأهلية — منح الجليل ج ٣ ص ١٦٣ ومابعدها — وفى شرح الخرشى ج ٥ ص ٢٦٦ يمنع المدين من التصرف المالى ولو بغير محاباة .

(٢) المغنى ج ٤ ص ٤٤٠ ويستحب إظهار الحجر على المدين لتجنب معاملته .

أما جانب المسؤولية فى الالتزام فقد رأينا ما تبيحه علاقة المديونية للدائن من تقييد لحرية المدين ويظهر هذا التقييد فى صور أولها وأشدها الحبس إذا كان المدين قادراً على الدفع ويماطل فى أداء الالتزام ظلما والظلم يجب رفعه بغض النظر عن قول من رأى حبس المدين عند ثبوت الدين والامتناع عن الوفاء ، إذ يقابل هذا الرأى فى الجانب الآخر من يرون عدم جواز الحبس أصلا وقد سبق أن أشرنا إليهما معا، وثانيها لزوم المدين وقد رأينا جواز ذلك للدائن ولا يخفى ما فى اللزوم من تضييق على المدين غير أنه يبدو من أقوال الفقهاء أن اللزوم لا يستهدف عقوبة المدين بل يستهدف أصلا حصول الدائن على دينه وليس فيه جانب العقوبة مطلقاً إذ يترك ما يكفى المدين وعياله من كسبه ويستطيع الدائن أن يحصل على حقه من باقى الكسب وهذا هو وجه ملازمة المدين وثالثها بيع المال جبراً عن المدين وهو أمر مسلّم وليس فيه معنى سوى العدالة إذ ليس فيه معنى العقوبة أو التضييق على المدين مطلقاً لأنه لا علاقة له بشخصه ، وفى هذه الصور الثلاث والتى تنتج من علاقة الالتزام عند العجز عن الوفاء به يبدو عنصر الاكراه فى الالتزام ، ذلك أن الحجر على المدين فى التصرف وإن كان يمثل قيداً على حريته ، إلا أنه لا يمثل إكراها يقع عليه بحبسه أو لزومه أو بيع ماله جبراً والحجر فى الواقع ليس سوى تمهيد لاتخاذ إحدى الصور التى ذكرناها [١] .

وإذا كان الشارع الإسلامى قد نظم قيام الالتزام ونشأته تنظيما يكفل المساواة بين طرفيه ويمنع أن يكون لأحد الطرفين حقا لا يقابله التزام عليه فإنه عند تنفيذ الالتزام لا تتساوى مراكز طرفى الالتزام ـ فالدائن له أن يطلب الحجر

---

(١) ولا صلة للحجر بالحبس فهو ليس من آثار الحجر أو خواصه ـ فتح العزيز ـ على تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٠ ص ٢٢٧ — ٢٢٨ .

على المدين وله طلب حبسه وله لزومه ثم ينتهى الأمر ببيع ماله جبراً وفى هذه الحالة لا نكون أمام علاقة يتكافأ طرفاها بل يكون لأحدهما مركز أفضل من الآخر، والواقع أن الشرائع جميعاً تتفق — على وجه التقريب — فى التفرقة بين مركز طرفى العلاقة القانونية عند نشأة الالتزام ومركزهما عند تنفيذ الالتزام جبراً، ذلك أن العدل الذى يقتضى التسوية بين مراكز أطراف العلاقة القانونية عند نشأتها هو بذاته الذى يقضى بالتفرقة عند الإخلال بهذه العلاقة من أحد الأطراف لصالح الطرف الذى يضر الإخلال بمصلحته .

ومما سبق نرى أننا أمام نظريتين إحداهما تنظر للدائن والأخرى تنظر للمدين، والنظرية الأولى تذهب إلى جواز حبس المدين متى ثبت الدين والامتناع عن الوفاء وإن لم يظهر أنه قادر على الدفع ، والأخرى تجعل الحبس جزاء الظلم فلا يحبس إلا إذا ثبت يساره ومطله ، على أن بيع مال المدين لوفاء ديونه جائز لدى النظريتين ـ والخلاف فى الحبس والتضييق على المدين ناشىء من أمرين أولهما حدود الأنظار إلى ميسرة والذى ورد الندب إليه فى القرآن الكريم وأشرنا إلى ما ذكره الجصّاص الحنفى فى أحكام القرآن فى تفسيره وثانيهما النظر إلى الحبس على أنه عقوبة ولابد للعقوبة من سبب فإذا كان مجرد الامتناع عن الوفاء عند ثبوت الدين سبباً جاز الحبس ، وإلا تعين أن يثبت المطل مع القدرة على الوفاء ، أما بيع المال فى سبيل الوفاء بالدين جبراً عن المدين فإنه لا يظهر وجه العقوبة فيه وإنما يظهر فيه وجه العدل ، وقد اختلف فى شأن انظار المعسر بنفقة زوجته فالإمام الشافعى رضى الله عنه لا يرى إنظار المعسر بنفقة زوجته ويفسخ النكاح الإعسار فى حق من ثبتت عليه نفقتها ، وقال أبو حنيفة لا يطلّق عليه للإعسار بل ينظر لأن الله تعالى أوجب إنظار المدين وبقاء الزوجية أولى لأنه مطلوب لصاحب الشرع وقياساً على أنه لا يطلق عليه

لنفقة مضت إجماعا فلا يطلق عليه فى الحال — على أن الإلزام بالنفقة هنا ليس نظير الالزام بالدين إذ الفسخ لرفع الضرر عن الزوجة[١] .

طبيعة الالتزام فى الفقه الإسلامى :

وإذا أردنا أن نحدد طبيعة الالتزام فى الفقه الاسلامى مع اعتبار التصويرات التى درج عليها الفقه القانونى الوضعى، فلا يصح أن نغفل جانباً هاماً فى الموضوع وهو أن الالتزام بغض النظر عن بيان طبيعته يتضمن معنى الإلزام بذاته — على أن حدود هذا الالزام وأساسه والوسيلة التى تتبع عند تخلف الوفاء هو الذى تختلف فيه الشرائع وتطور بفعل الزمن فى الشريعة الواحدة ، كما رأينا من قبل فى القانون الرومانى والشرائع التى يعد أصلا لها .

وأغلب الفقهاء على أن الالتزام فى الفقه الإسلامى تغلب عليه الناحية المادية أى أنه ينظر إلى موضوع الالتزام كعنصر أساسى مجرداً عن الرابطة الشخصية ويصبح الالتزام بذلك عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية وينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وشخص المدين ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية وهذه هى سمات النظرية المادية فى الالتزام[٢] وهو أمر يختلف عن النظرة الأخرى المقابلة وهى التى يتركز فيها الاهتمام على العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين وما ينشأ تبعاً لتلك العلاقة من سلطة للدائن على المدين .

---

(١) الفروق للقراف جـ ٣ الطبعة الأولى ص ١٤٥ .

(٢) الدكتور شفيق شحاته — النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٢٨٥ والوسيط للسنهورى ص ٨ جـ ١ ط ١٩٥٢ ، دراسات إسلامية — الدكتور صوفى حسن أبو طالب — العدد ١ ص ١٦٧ .

وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامى فإننا نجد الاهتمام بالعلاقة الشخصية بين الدائن والمدين أو الرابطة بينهما ظاهرا ـ وتبدو هذه النظرة فى مخاطبة طرفى العلاقة بشأنها ، وذلك كما فى قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) فالوفاء بالعقد أو الالتزام الناشىء عنه واجب دينى يتعلق بالشخص نفسه وبصرف النظر عما يحمله الالتزام أو العقد فى ذاته من وسائل تنفيذه ، ولو كان الالتزام علاقة مادية بحتة لا ينظر إلى طرفيها لما كان التكليف واردا لجماعة المؤمنين بالوفاء بالعقد أو الالتزام وإنما هو أمر يتعلق بأشخاصهم لأن التكليف لا يكون إلا فيما يتعلق بالمكلف ويكون مقدوراً له كالوفاء بالعقد أو عدم الوفاء به ، ومن ناحية أخرى نجد النظرة المتميزة لأحد طرفى العلاقة وهو المدين ، وهذه النظرة تقتضى التيسير عليه وإنظاره عند الإعسار أو العجز المؤقت عن أداء الالتزام وهو أثر من آثار النظرة الشخصية فى الالتزام فيخاطب المدين بوجوب الوفاء ويخاطب الدائن بوجوب الإنظار إلى الميسرة عند تخلف المدين عن أداء الالتزام فى وقته المحدد له — كما أن الاهتمام بأمر الدائن أيضاً وهو الطرف الآخر فى علاقة أو رابطة الالتزام مكفول فى الشريعة الإسلامية قال تعالى (فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) فقرر حق الدائن فى استيفاء ماله[1] والذين يقولون بالصبغة المادية للالتزام فى الفقه

(١) كذلك ما ورد من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذ أموال الناس يريد إتلافها أتلفه الله فهو تحذير للمدين من إنتواء عدم الوفاء بالالتزام ، وقد ذكر الجصاص فى أحكام القرآن أن أعرابيا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يتقاضاه تمراً كان عليه وشدد عليه الاعرابى فانتهره الصحابة وقالوا له ويحك أتدرى من تكلم فقال لهم إنى طالب حق فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : هلا مع صاحب الحق كنتم » وأرسل صلوات الله عليه إلى خولة بنت قيس لتقرضه تمراً فقضى الأعرابى وأطعمه فقال الأعرابى « أوفيتنا أوفى الله لك » فلم ينكر صلوات الله عليه

الإسلامى يستندون إلى أنه نظم حوالة الدّين — وعرف نشوء الالتزام دون حاجة إلى وجود المدين وهذه من سمات الصبغة المادية فى الالتزام[١] والتى تجعل الأهمية لمحل الالتزام دون أشخاصه فيكون من المتصور إنشاؤه ويكون من السهل نقله دون حاجة إلى وجود أحد طرفيه ، ويأخذ الأستاذ الدكتور شفيق شحاته على الفقه الإسلامى أنه لم يقر انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة .

أما حوالة الدّين فهى فى الواقع تمثل ميلا إلى النزعة المادية فى الالتزام فى الفقه الإسلامى لأنها تجيز انتقال الدين بين أشخاص لم تربطهم علاقة الدين عند نشأتها برابطة قانونية ، وهى نقل الدين من ذمة لأخرى وهى مأخوذة من التحول لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه وقال ابن عرفه الحوالة طرح الدين عن ذمة فى أخرى[٢] واتفق الفقهاء على شرط وجود المحتال فى الحوالة سواء باشر العقد بنفسه أو بنائب عنه ، أما العاقد الثانى فإما أن يكون المحتال عليه أو يكون المحيل فإن كان المحتال عليه صحت الحوالة ونفذت إذا رضى بها المدين اتفاقا ، وإن لم يرض بها المدين ففى رواية الزيادات أنها تصح وتنفذ ، والقول الآخر أنها لا تصح حتى لا يأنف المدين من أن يتحمل غيره الدين عنه والقول الأول مستند إلى أن الحوالة إذا لم يكن المدين طرفا فيها فلا وجه لاشتراط رضاه . وشرط الحوالة رضاء المحيل والمحال فقط[٣] ويشترط

على الأعرابى مطالبته له وأنكر على الصحابة انتهارهم إياه واستدل الجصاص من ذلك على أن الطالب هو الذى ينظر المدين (الجصاص ـ أحكام القرآن جـ ١ ص ٥٦٧) وهذا من سمات النزعة الشخصية فى الالتزام .

(١) الوسيط للسنهورى جـ ١ ص ٧٤ ط سنة ١٩٦٤ .

(٢) الحطاب جـ ٥ ص ٩٠ .

(٣) المرجع السابق .

رضاء المحال عليه عند الحنفية فإذا لم يرض لم تتم لأن الدين ينتقل بها إلى ذمته ، وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن رضاه شرط إذا لم يكن مديناً للمحيل فإذا كان مديناً له فليس بشرط[1] ويترتب على الحوالة براءة المحيل من مطالبته بالدين المحال به اتفاقاً ، أما براءة ذمته فذهب أبو يوسف إلى أنها تبرأ وعلى خلافه محمد — فيرى أن ذمة المحيل تظل مشغولة بالدين وينتقل الدين بالصفة التى هو عليها من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بصفته التى هو عليها والحوالة تصح فى الدين لا فى العين ، وفى البحر رضاء المحيل ليس بشرط وإنما شرطه الرجوع عليه[2] .

وفى الواقع أننا نجد فى أثر الحوالة التفرقة بين الدّين نفسه وبين المطالبة به ، فالحوالة يترتب عليها البراءة من المطالبة وذلك لاخلاف فيه ، وإنما الخلاف فى الدين ذاته وهل يبرأ منه المدين أم لاتبرأ ذمته رغم حوالة الدين ، والمطالبة بالدين هى ولاشك أثر من آثار العلاقة الشخصية فى الالتزام وهى تسقط حال الحوالة لأنها تستند إلى الرابطة الشخصية بين المدين والدائن وقد غيرت منها الحوالة بخلاف الدين فى ذاته وهو الجانب المادى فى علاقة الالتزام فإن الخلاف فيه كما رأينا حول انشغال ذمة المدين به رغم الحوالة أم عدم انشغالها به .

والحوالة على النحو السالف هى فى نظر الفقهاء من وسائل التوثيق ، كالكفالة ، والحوالة فى الفقه الإسلامى فى رأى البعض تؤدى وظائف عديدة

---

(١) على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٥٠ .

(٢) مجمع الأنهر ص ١٤٧ . — المجلد الثانى — الطباعة العامرة .

كالإحالة والتنازل عن الحق والوكالة بالقبض والوكالة بالقضاء[١] .

على أن الأستاذ مصطفى الزرقا فى كتابه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى ـ ذهب إلى أن الفقه الإسلامى أجاز حوالة الحق ، وإن لم يجز بيع الدائن دينه إلا من المدين فقط ، وقد وضع الفقهاء لذلك قاعدة أنه لا يجوز تمليك الدين إلا ممن عليه الدين فجعل نقل الالتزام من ناحيته الموجبة بطريق الحوالة فقط دون البيع[٢] وذهب إلى أن الحوالة بالحق جائزة فى الفقه الحنفى[٣] وغيره إذ الحوالة لا تخلو من أن تكون حوالة مطلقة وهى أن يؤدى المحال عليه من ماله سواء كان مديناً للمحيل أم لا . أو حوالة مقيدة وهى أن يؤدى المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمدين وفى هذه الصورة الأخيرة تكون إزاء حوالة حق وحوالة دين وكلاهما جائزة . وقد أجاز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشترى بالثمن ويحيل المرتهن على الراهن بالدين وتحيل المرأة على زوجها بالمهر ورتبوا على ذلك أن يسقط حق البائع فى احتباس المبيع وحق الراهن فى احتباس الرهن وحق المرأة فى احتباس نفسها عن الزوج ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا أنه ينبغى ألا يتوهم أن حوالة الحق لا تكون جائزة إلا فيما إذا كان المحيل مديناً أى فى صورة الحوالة المقيدة وإنما التجأ إلى ذلك لأن الحوالة المقيدة هى التى يتوفر فيها أن يكون المحيل دائناً ومديناً

(١) شفيق شحاتة — النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص١١٩ .

(٢) مصطفى الزرقا ـ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى ص ٧٠ وما بعدها طبعة سنة ١٩٥٨ — دمشق ، سلام مدكور فى المدخل للفقه الإسلامى ص ٦٩٤ ورسالة عبد الودود يحيى فى حوالة الدين — المبحث الثالث ص ١٠٣ وما بعدها .

(٣) قارن سلام مدكور وقد أورد أن ابن عابدين من الحنفية يمنع حوالة الحق للحديث يمنع بيع الكالىء بالكالىء . المدخل ص٦٩٤ — ٦٩٧ واستثنى المرحوم أحمد إبراهيم حوالة الحق للضرورة وضعف الحديث .

وحوالة الحق هى فى الواقع نوع من الحوالة المقيدة[1] .

أما عقد الجعالة فهو يمثل ناحية مادية ظاهرة فى الالتزام فإذا كان الالتزام ينشأ دون دائن معين فإن العلاقة الشخصية فى الالتزام لا تكون محلا للنظرة الأولى فيه . على أن ذلك فى نظرنا محدود بأمرين :

أولهما : أن الجعالة عقد غير لازم عند الشافعية والمالكية والحنابلة قبل تمام العمل ، وإذا شرع أحد فى العمل الذى عينه الجاعل ولم يتمه لزم العقد فى مذهب الإمام مالك ولا يجوز للجاعل أن يستقل بفسخه وإن كان لا يلزم بالنسبة للعامل فى هذه الحالة[2] . كما ذهب الحنفية إلى أن الجعالة إجارة فاسدة يجب فيها أجر المثل بشرط ألا يزيد عن الجعل المسمى ونرى من ذلك أن الالتزام فى ذاته أمر يرد عليه الخلاف بغض النظر عما إذا كانت العلاقة الشخصية هى الأمر الهام فيه أم الناحية المادية .

ثانيهما : أننا لو نظرنا إلى الناحية المادية فى الالتزام بالنسبة لعقد الجعالة لرأينا أنها لا تظهر لما الأهمية التى تجعل مادية الالتزام أمراً مسلماً ذلك أن الجعالة تصح مع جهالة العمل وذلك مما جعل الحنفية يجعلونها إجارة فاسدة لأن العمل قد يكون غير معين بل يقاس بنتيجته فحسب .

على أن الأمر الذى يظهر فيه ميل الالتزام فى الفقه الإسلامى إلى المادية هو أن الفقهاء قد فرقوا بوضوح بين الدين نفسه وبين المطالبة به فالحوالة كما هو متفق عليه تنقل الالتزام بالأداء من ذمة إلى ذمة والكفالة ضم ذمة الكفيل فى المطالبة فقط ، والدين هو ما يثبت فى الذمة ، وقد رأينا من قبل

---

(١) مصطفى الزرقا المرجع السابق ص ٧٦ الهامش .

(١) وفى حاشية الدسوقى للعامل ترك العمل متى شاء ويأخذ الجعل إلا إذا اشترط عليه العمل فيأخذ بقدر عمله جـ ٣ ص ٦٣ .

ماتبيحه المطالبة للدائن من حقوق يلجأ فيها إلى الحاكم حتى يستوفى دينه فجانب المسؤولية فى الالتزام أقوى فى الفقه الإسلامى من جانب المديونية ومن البديهى أن محل المسؤولية هو المال بينما محل المديونية هو ذمة الشخص[٢] .

وتظهر مادية الالتزام فى الفقه الإسلامى فى ناحية أخرى وهى اهتمام الفقه الإسلامى بمضمون الالتزام فى جميع العقود لاسيما عقود المعاوضة[٢] فقد كان مضمون الالتزام هو مدار بحث الفقهاء تحقيقاً للتوازن فى مضمون العقد، ولم يترك تحديد محل الالتزام إلى إرادة العاقدين من ناحية مضمونه أو قيمته إذ يجب أن يكون التعادل تاماً بين حقوق والتزامات الطرفين وقد وضع الشارع لذلك شروطاً يتعين مراعاتها وأبطل الشارع العقود التى تتضمن ربا والتى تنطوى على غرر أو التى تشترط فيها شروط تؤدى إلى اختلال التوازن بين التزامات العاقدين وحقوقهما وكل ذلك إهتمام واضح بالجانب المادى فى الالتزام فإذا صح أن الالتزام ينشأ بالارادة فإن تحديد مضمونه لا يخضع لهذه الارادة تماماً بل يتقيد بمراعاة ما أوجبه الشارع وما يستهدفه .

وقد سبق أن ذكرنا أن الفقهاء المسلمين قد استخدموا لفظ السبب بمعنى السبب المنشىء أو مصدر الالتزام وهذا المصدر يتعدد ويتنوع فى الفقه الاسلامى . فمصدر الالتزام هو الواقعة القانونية أو التصرف القانونى على ما انتهى إليه الفقه الحديث فى القانون ، ولايختلف الحال عن ذلك فى الفقه الإسلامى — إذا اعتبرنا الواقع — فى المصادر التى يعتد بها

---

(١) مصطفى الزرقا — المدخل فقرة ٣٩ .

(٢) ويعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية غلبت محل الالتزام على أطرافه — دراسات إسلامية للدكتور صوفى حسن أبو طالب ، العدد (١) ص١٦٧ .

الفقه الإسلامى — فذلك الفقه يعرف العقد مصدراً للالتزام، وكذلك الارادة المنفردة كما فى الجعالة — ويعرف أيضاً الالتزام الذى يكون مصدره فعلا ضاراً أو فعلا نافعاً ومثال الأول التزام المُتلف بإداء بدل المتلف وإرش الجناية ومثال الثانى من يدفع دين غيره كالفضولى .

على أننا ذكرنا من قبل أن السبب بمعنى سبب الالتزام هو عنصر فى الالتزام الارادى فحسب، ولذلك فإنه لا يعنينا فى دراستنا لسبب الالتزام إلا الالتزامات التى يكون مصـــدرها إرادياً وليس من ذلك سوى العقود والارادة المنفردة فالعقد يكون مصدراً للالتزام ومثال ذلك فى عقد البيع فإنه يكون مصدراً لالتزام البائع بنقل الملكية ومصدراً لالتزام المشترى بدفع الثمن وعقد الايجار يكون مصدراً لالتزام المستأجر بدفع الأجرة والتزام المؤجر بتسليم الشىء المؤجر أو تخليته حتى ينتفع به المستأجر .ومثال الارادة المنفردة الوعد بجائزة أو الجعالة .

والمراد من أن العقد هو مصدر الالتزام أنه السبب المباشر فيه وليس أنه المصدر الذى أوجب الالتزام لأن إيجاب الالتزام مسألة تخص الشرع فهو الذى يوجب الالتزام عند تحقق سببه بمعنى مصدره، والقول بذلك هو تفرقة سديدة بين مصدر الالتزام بمعنى السبب المباشر فيه ، وبين مصدر الالتزام بمعنى مصدر وجوبه فالوجوب من عمل الشارع وإلا لزم القول بأن جميع الالتزامات مصدرها الشرع وإضافة الالتزام إلى مصدره المباشر الذى يتولد منه أليق وأقرب من إضافته إلى الشرع ذلك أن الشرع حاكم لامنشىء[1] ويظهر ذلك على وجه الخصوص فى الالتزامات التى يستقل الشارع بإنشائها

(١) مصطفى الزرقا — فى المدخل لنظرية الالتزام العامة ص ٩٨ ط ١٩٥٨ دمشق .

فتضاف إليه كالإلتزام بالنفقة فالمكلف بالنفقة لا يباشر سبباً أو مصدراً لالتزامه بها، وإنما أوجبها الشارع لوجود سببها كالقرابة أو الزوجية فهنا مصدر الالتزام ومصدر الإيجاب أمر الشارع .

على أننا فى بحثنا سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى يجب أن نأخذ فى الاعتبار أننا ننظر إلى العقد الذى يولد التزاماً على عاقديه ويكون لكل عاقد أن يقتضى التزامه من الآخر كما أوضحنا فى بيان طبيعة الالتزام فى الفقه الإسلامى، وينبغى أن نميز فى أنواع العقود بين العقود التى تلزم عاقديها والعقود التى لا ترتب التزاماً نهائياً فيجوز للعاقدين أو أحدهما التحلل منها بإرادته ويستقل بفسخها متى أراد، وفى العقود الأخيرة سنبحث ما إذا كانت هذه العقود لها سبب بمعنى سبب الالتزام أم أنها تتجرد من هذا العنصر لأنها بطبيعتها غير لازمة ـ وإن كان يشترط أن تكون الغاية التى تؤدى إليها هذه العقود مشروعة .

الفصل الثانى

آراء الفقهاء

فى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى

لفظ السبب ومعانيه : تمهيد :

إذا أردنا أن نبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى فإننا يجب أن نستبعد بعض المعانى التى تلازم لفظ السبب وتختلف فى مفهومها عن موضوع البحث فالمقصود هنا هو سبب الالتزام بمعنى ما يحمل على الالتزام أو هو جواب السؤال: لم التزم المدين ؟ وإن كان للفظ السبب معانٍ أخرى غيره — فيجب استبعاد السبب بمعنى المصدر المنشىء للالتزام كالعقد أو الفعل الضار . كما يجب أن نستبعد السبب بالمعنى الذى فصله علماء أصول الفقه وتعرضنا له فيما سبق من هذا البحث وهو بمعنى العلامة على الحكم الشرعى وأحد أنواع الحكم الوضعى . ونقتصر فى دراسة السبب فى الالتزام على معنيين كلاهما يدخل فى بحث سبب الالتزام وكلاهما دار البحث عنه ، والمعنى الثانى فيهما يمثل فكرة مختلفة عن المعنى الأول وإن كانت الفكرتان معاً تمثلان مراحل تطور نظرية السبب فى الفقه اللاتينى كما رأينا فى نظرية السبب فى الفقه الفرنسى بالذات .

فالمعنى الأول هو السبب بالمعنى الذى تضمنته نظرية السبب فى الفقه التقليدى الفرنسى [1] وهو أساس التزام كل من المتعاقدين قبل الآخر أو هو جواب من

---

(١) وهو الالتزام المقابل أو تنفيذه فى العقود الملزمة للجانبين .

يسأل لم التزم المدين ؟ إذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد تبادلى والسبب بهذا المعنى أمر موضوعى وداخل فى العقد ولا يتغير بتغير الأشخاص فى النوع الواحد من العقود .

والمعنى الثانى هو السبب بمعناه الذى وصل إليه وأخذ به القضاء فى فرنسا ومصر واستهدفه القانون المصرى كما يبدو واضحاً من مذكرته الايضاحية وهو بمعنى الباعث الدافع على التصرف القانونى وهو كما يظهر عنصر إرادى خارج العقد لا داخله وذاتى يتغير بالنسبة للنوع الواحد من العقود بحسب العاقدين أو المتصرف إذا كان التصرف بارادة منفردة كما فى التبرعات .

ويبدو الفارق بين المعنى الأول والثانى من وجوه أولها أن السبب بالمعنى الأول لا يكاد يتصل بالارادة إلا فرضاً، فسبب التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع مثلا هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وسبب التزام المستأجر بدفع الأجرة فى عقد الايجار هو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة لينتفع بها المستأجر فالسبب على هذا النحو — أو حتى عندما يكون هو تنفيذ الالتزام وليس الالتزام ذاته لا يكاد يستند إلى الارادة إلا فرضا ويبدو عنصراً موضوعيا داخل العقد لا خارجه ، أما السبب بمعنى الباعث فإن الباعث هو أمر إرادى يتصل بالعاقد فيكون أمراً ذاتياً خارج العقد وبذلك يتصل بالارادة أوثق اتصال بل ان الباعث هو مظهر من مظاهر النشاط الارادى فى الإنسان حينما تتجه إرادته إلى أحداث أثر قانونى .

وثانيها : أن السبب بالمعنى الأول يجعل اتصال كل التزام بالآخر فى العقود الملزمة للجانبين أمرا تلقائياً افترضته نظرية السبب التقليدية فكل التزام يرتبط بالآخر لأنه سببه ولا حاجة إلى إرادة الطرفين الفعلية لتقرير هذا الاتصال

والارتباط فالواقع أننا نربط بين الالتزامات والتقابل هنا يكون بين الالتزامات وليس بين الارادات ، أما فى السبب بمعنى الباعث الدافع فإنه لا يمكن أن تتقابل البواعث أو ترتبط ببعضها البعض ولا يمكن أن نفترض ارتباط البواعث أو تقابلها كأساس للالتزام أو كجواب لمن يسأل لم التزم المدين غير أنه قد يحدث أن تتفق البواعث كما فى العقود إذا اتفقت نية المتعاقدين فيها على الباعث الدافع للعقد ومع ذلك فلايهم هذا الارتباط إلافى توفير الحماية الإجتماعية التى تستوجب إبطال العقد إذا كان الارتباط فى البواعث ينطوى على غرض غير مشروع أما فى غير ذلك فلايهم إذا كان باعث أحد المتعاقدين يختلف عن باعث الآخر أو يتفق معه إذ البواعث قد تتعدد ويكون منها القريب والبعيد والمهم والأهم وكلها تدخل فى دفع العاقد إلى الالتزام .

وثالثها : أن فكرة السبب بالمعنى الأول كما هى فى النظرية التقليدية الفرنسية للسبب تحتمل فكرة التصرف المجرد أى التصرف غير المسبب أما فى السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التصرف فلا تخلو إرادة إنسانية من باعث يحركها إلا إرادة غير المميز وهى لا تنتج أثراً قانونياً ، ولذلك فإن بعض الفقهاء اعتبر من مميزات نظرية السبب التقليدية أنها تحتمل فكرة التصرف المجرد[1] غير أننا إذا اعتبرنا كما يقول البعض أن التصرف غير المجرد هو ما ذكر فيه سببه وأن التصرف المجرد هو مالم يذكر فيه السبب كان هذا الفارق ضئيلا لأننا فى الحالين نجد أنه لا غنى عن السبب الموضوعى أو عن السبب الذاتى .

وإذا كان السبب الذى نبحثه بالمعانى التى أشرنا إليها فيما تقدم (الالتزام

---

(١) نظرية السبب فى الالتزامات المدنية — مختار القاضى ص ٤٩ .

المقابل والباعث) فإن فقهاء الشريعة لم يعرضوا إليه كنظرية عامة فى سبب الالتزام ولا نرى مبحثاً مستقلا لبحث السبب فى الالتزام اللهم الا عند ذكر النية وأثرها فى العقود وقد وقد تناولها فقهاء المذاهب بالتفصيل وبحثوها عامدين إليها إذ النية فى ذاتها من المباحث الهامة فى الفقه الإسلامى[1] لاسيما فى أحكام العبادات ، ولذلك فإن النية فى العقود إذا اعتبرناها بمعنى الباعث على العقد كانت مجالا للبحث من جانب الفقهاء المسلمين ، وفى المذاهب المختلفة كما سنعرض لها فيما بعد . أما بالنسبة للسبب كعنصر موضوعى فإن الفقهاء المسلمين لم يعرضوا له باعتباره من عناصر الالتزام ولم يتحدثوا عنه بهذه الصفة ، ولكن يخطىء من يظن أن مفهوم السبب بمعناه التقليدى كان غائباً عن الفقهاء المسلمين لأنه إذا كان السبب بهذا المفهوم عنصراً موضوعياً ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود وداخل العقد لا خارجه . فإننا نجده فى فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً والتى تنتهى إلى نفس الخصائص والميزات . على أننا لا نلتزم تصويرات الفقه القانونى الحديث ولا نجعلها أساساً للبحث يقاس عليها لأن فى ذلك تحكما واضحاً بالنسبة للفقه الإسلامى وهو ذو صياغة خاصة ومنطق قانونى متميز فإذا كان فقهاء القانون يبدأون بالالتزام فإن الفقه الإسلامى كما سنرى يبدأ بالعقد .

على أن بعض من كتبوا فى الفقه الإسلامى من الفقهاء المحدثين من رجال الفقه الإسلامى أو القانون بحثوا السبب كعنصر من عناصر الالتزام أو العقد[2] وبالمعنى

---

(١) والنية هى القصد لغة ، وعرفها البيضاوى شرعاً بأنها الارادة المتوجهة نحو الفعل والمقصود منها تمييز العبادات عن العادات ، وتمييز العبادات عن بعضها الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦ — ٤٧ .

(٢) نفضل استخدام لفظ عنصر بدلا من ركن حتى لا نتقيد بلفظ هو بذاته مصطلح ، ولأن العنصر قد يكون ركناً وقد لا يكون كذلك .

يتناوله به فقهاء القانون المدنى وذلك إما بقصد المقارنة بين الفكرة فى القانون وبين مفهومها فى الفقه الإسلامى ، وإما عند البحث فى إنشاء العقود وعناصر تكوينها فيبرز حينئذ عنصر السبب بمعنى الباعث أو الغرض المقصود من العقد ، وقد اتخذ الباحثون فى هذا الشأن وجهات عديدة رأينا أن نعرض لها بما يوضح جوهرها حتى إذا بدأنا فى وضع فكرة السبب ، أو مفهومها فى الفقه الإسلامى ، كان ذلك بعد أن ندرس أوجه النظر المختلفة التى تداولت الفكرة ، وأفاد ذلك من ناحية أخرى فى تقدير ما ننتهى إليه بالقياس إلى غيره مما بحثه الفقهاء .

آراء الفقهاء المحدثين فى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى :

وقد تعرض لبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى كثيرون من الفقهاء وسنشير إلى الآراء التى تعرضت لبحث سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى أو سبب العقد ، وفى هذه الآراء ما قصد بحث فكرة السبب عامداً إليها ، أو ما تناول السبب باعتبار أنه يعد ، أو يمكن اعتباره أساساً لبعض الأنظمة القانونية كالفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو تحمل التبعة ، ذلك أن بحث أساس هذه الأنظمة القانونية يستلزم التعرض لفكرة السبب ، وهذه الأنظمة قائمة فى الفقه الإسلامى وتعرض لها الفقهاء بإضافة وأسهاب .

وقد أورد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى بحثا عن السبب فى الفقه الإسلامى ، كما أن الدكتور شفيق شحاته فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فى الفقه الإسلامى أشار إلى سبب الالتزام ، وبحثه كذلك المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه الأموال

ونظرية العقد ، وأشار إليه فى فقه الكتاب والسنة فى البيوع ، ونشير عدا من تقدم إلى آراء لبعض الفقهاء تناولوا موضوع السبب كما فى النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الإسلامية للدكتور صبحى المحمصانى والدكتور وحيد سوار فى رسالته التعبير عن الإرادة ، فقد عقد فصلا لبحث السبب فى الفقه الإسلامى ، وعدا ذلك فقد تناول الموضوع ذاته بالبحث آخرون فى رسائل وأبحاث لا تستهدف بحث للموضوع وإنما تعرض له كما فى نظرية تحمل التبعة[1] والنظرية العامة للفسخ وغيرها[2] .

كما أن فقهاء الشريعة المحدثين الذين كتبوا فى نظرية العقد والأموال والعقود قد عرضوا فى بحث تكوين العقد وعناصره إلى السبب وأشاروا إليه إما بمعنى الباعث أو القصد من العقد والغرض المقصود منه ، وإما بمعنى السبب كعنصر من عناصره بالمقارنة إلى نظرة القانون إلى ذلك العنصر وعلى أية حال فقد تجنب فقهاء الشريعة الإسلامية — فى نظرنا — أن يجعلوا فكرة السبب أو نظرية السبب فى القانون أساساً يقام عليه رأيهم فى سبب العقد فى الفقه الإسلامى وهو مسلك يؤدى إلى الاتجاه السليم عند دراسة الموضوع فى الفقه الإسلامى .

المعاوضة كسبب للالتزام :

عرض الأستاذ الدكتور شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » فى الصفحات من ٨٥ — ٨٩ لبحث السبب عند بحث عناصر الالتزام من طرفيه ومحله وسببه ، وذكر أنه لا يوجد فى الفقه الاسلامى

---

(١) الدكتور محمد زكى عبد البر .　　(٢) الدكتور حسن على ذنون .

نظرية للسبب على غرار ما فى القانون أو الفقه اللاتينى مثلا فالتشريع الاسلامى خلو من النظريات ، ولكن فكرة السبب ليست منعدمة فى المسائل ويلزم استنباطها منها ، فالسبب من عناصر الالتزام فى التشريع الاسلامى ، ولو أن ذلك لم يذكر صراحة ، والفقهاء عندما يستعملون لفظ السبب يقصدون عادة مصدر الالتزام فالشروطيون يقولون . بوجوب ذكر سبب الدين ويشترط أيضاً ذكر السبب فى الدعوى بالدين ، على أن السبب الحقيقى لالتزام المشترى بدفع الثمن ليس هو عقد البيع بل انتقال ملكية الشىء المبيع إليه هو الذى يلزمه بالدفع لأنه لا يجوز له أن يجمع بين يديه فى نفس الوقت الشىء وثمنه والثمن هو مقابل البيع فهو إذا لم يدفع الثمن يكون قد أخل بالتوازن الذى يرمى العقد إلى تحقيقه ، وهذا التوازن هو فى نظر الفقهاء المعادلة بين المتعاقدين ، وذكر الأستاذ أن المقصود من السبب هو المعادلة وقد جاء فى النصوص أن المساواة فى العقود مطلوب المتعاقدين ، وأن سبب الالتزام ليس دائما عين ما تعهد العاقد الآخر بتمليكه ، وإنما هو هذا التعهد نفسه ، ومن ذلك أن الصانع الذى تعهد بالاشتراك مع غيره بالقيام بعمل يستحق الأجر ، ولو أنه لم يعمل بالفعل ، وفى إجارة الأشياء فإن تسليم العين المؤجرة سبب لالتزام المستأجر بدفع الأجرة ولا يلزم بعد ذلك أن يكون المستأجر قد انتفع بالفعل .

وأورد الأستاذ شفيق شحاته أنه فى التبرعات تظهر كذلك فكرة المعادلة كسبب لتعهد الواهب ، فقد قرر الفقهاء أن المفروض فى الواهب دائماً أنه يهب ابتغاء عوض[1] ، ولذلك فهو يستطيع الرجوع فى هبته إذا لم يتحقق ما كان

---

(١) الأصل فى الشريعة الإسلامية على خلاف ذلك لأن الهبة يقصد بها أصلا تقع الواهب بالثواب المرجو من الله تعالى ، وليس تقع الموهوب له نفعاً مادياً وهى نظرة القوانين الوضعية .

يرمى إليه من عوض أو لم يتحقق فى هبته أى غرض من الأغراض الأدبية التى اعتبرت موانع من الرجوع فى الهبة وفى الوديعة كذلك فإن أساس التزام المودع لديه هو فكرة المعادلة ذلك أنه يلزم برد الشىء لأنه يحوزه من غير مقابل معتبر .

وفى الالتزامات غير التعاقدية رأى الدكتور شفيق شحاته أن فكرة المعادلة تظهر فيها فسبب الالتزام فى التعويض هو الضرر الذى أحدثته الجريمة مثلا والتعويض ليس إلا أحد طرفى المعادلة التى اختلت بحصول الإتلاف ، والتعويض إنما هو القيمة أو المثل ، وكتطبيقات على نظرية السبب أورد سيادته ان الأجر لا يستحق إذا كان العمل الذى تضمنه العقد واجباً شرعا على الملتزم كالأجرة على إرضاع الزوجة للطفل فإن الزوجة لا تستطيع اشتراط الأجر على إرضاع الطفل لأنها تلتزم بأرضاعه شرعاً فهنا يكون الالتزام بدفع الأجر التزاما بلا سبب يقوم عليه .

ثم اعتبر الربا تطبيقا لنظرية التعادل ، وقرر بصفة عامة أن البواعث والدوافع لم تعتبر عند الفقهاء إذ أنهم قالوا بصحة البيع حتى ولو كان الغرض الذى يستعمل فيه المبيع غير مشروع .

تقدير فكرة المعادلة :

وفى الواقع فإن قيمة الفكرة التى ذكرها الأستاذ الدكتور شفيق شحاته كسبب للالتزام فى الفقه الإسلامى إنما تتجلى فى مبنى هذه الفكرة وحداثتها وذلك أنها لا ترتبط بنظرية السبب فى القانون كمثال تسير عليه ، وأنها تصلح أساساً ينظم فكرة الالتزام بأجمعها فى الشريعة الإسلامية ، وهى

تصلح لذلك أكثر مما تعد سبباً للالتزام وأساساً له فيما يتعلق بالالتزام الإرادى بالذات .

والمعادلة تقترب من المعاوضة المعتبرة شرعا والتى نقول بها ، فالمعاوضة تتضمن المعادلة غير أنها تختلف عنها فى أن المعاوضة لا تستلزم المعادلة دائما ، وإذا أردنا أن نبحث سبب الالتزام فإننا يجب أن نبحثه فى عقود المعاوضات وغيرها ، وفى عقود المعاوضات فإنها بطبيعتها تتعذر فيها المساواة وإن كان لا يتعذر فيها التوازن فى مضمون العقد ذلك أن عقود المعاوضات يقصد بها الربح ولا يتأتى الربح المشروع إلا بزيادة عوض عن الآخر فى القيمة ، ولذلك لا نستطيع القول بأن المقصود هو المعادلة بين الالتزامات ، ولكن المقصود هو إيجاد التوازن بينها بحيث لا تختل المعاوضة لصالح أحد الطرفين فى العقد إضراراً بالطرف الآخر ، وقد يعتبر الالتزام معادلا للالتزام المقابل فى تقدير شخص معين ، ولا يعتبر كذلك عند غيره ، ومع ان الفقهاء قد نصوا على أن المساواة مطلوب العاقدين إلا أن المساواة ليست شرطاً فى المعاوضة فالمقصود من البيع انتفاع كل من المتعاقدين بما يصير إليه ، وقد جاء فى حاشية الطحاوى على الدر المختار ، قال فى التجريد ولو قال بعت بغير ثمن لم يملك (المشترى) المبيع وإن قبض لأن مطلق البيع يقتضى المعاوضة[1] ، والبيع مبادلة مال بمال مطلقاً[2] .

ومن ناحية أخرى فإن المعادلة لا تصلح سببا فى عقود التبرع ذلك لأن أقصى ما يطلبه الواهب هو العوض عن هبته وقد يعتبر الثواب فى الآخرة

---

(١) حاشية الطحاوى على الدر جـ ٣ ص ٦٣ .

(٢) درر الحكام شرح غرر الأنام ط المطبعة العامرة جـ ١ ص ١٤٢ .

عوضا عن الهبة ولا محل عندئذ لفكرة المعادلة فلا يمكن نسبة الثواب والشيء الموهوب إلى التعادل وإن كان يمكن القول بأن الثواب عوض عن الهبةاعتبره الشارع فى مجال المعاوضة مع أن الثواب ذاته غير منوط بأحد العاقدين .

وأخيراً فقد اعتبر الدكتور شفيق شحاته أن الربا تطبيق لفكرة المعادلة والربا يخلو من المعادلة ، ومن المعاوضة ، فالربا هو فضل مال خال عن عوض شرط لأحد المتعاقدين فى معاوضة مال بمال[١] ، والمعروف أن الربا هو زيادة من غير عوض يقابلها ، وهذا هو سبب تحريمه فتكون فكرة المعاوضة وفواتها فى الربا أولى من فكرة المعادلة لأنه إذا كان الربا يخلو من العوض الذى يقابله فلا محل للبحث عن المعادلة أو المساواة بين الالتزامات .

وما ذكره الدكتور شفيق شحاته من أن الفقهاء لم يحفلوا بالبواعث فى العقود والتصرفات فهو لا يصلح قاعدة عامة إذ تختلف فى ذلك المذاهب الإسلامية ، على أن منها دون شك ما يبطل العقود والتصرفات بحسب نية العاقد إذا كانت لا تتفق مع مقاصد الشارع ، وكلها تبطل العقود والتصرفات التى تؤدى إلى إيذاء مقاصد الشارع فعلا .

الباعث كسبب للالتزام فى الفقه الإسلامى :

وقد بحث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى بحثاً مفصلا فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، وذلك عند الكلام

---

(١) مجمع الأنهر — المطبعة العامرة المجلد الثانى ص ٨٣ ، والمعنى أن القدر الزائد فى المبادلة الربوية لا يجد مقابلا يتبادل معه .

عن العقد كمصدر من مصادر الالتزام[١] ، وقد ذكر فى مبدأ البحث أن الفقه الإسلامى عندما يعرض للسبب يتنازعه عاملان متعارضان أولهما أن هذا الفقه معروف بنزعته الموضوعية وأن ذلك يجعله مستعصيا على فكرة السبب ، وثانيهما أن هذا الفقه تغلب عليه الصبغة الدينية ويهتم بالبواعث النفسية ، ويجعل للأخلاق شأناً عالياً ويتراوح الفقه الإسلامى بين هذين العاملين ، ولهذا تظهر نظرية السبب فى المذهبين المالكى والحنبلى بينما تبدو لا أهمية لها عند المذهب الحنفى والشافعى .

فنى المذهبين الحنفى والشافعى يجب أن يكون السبب داخلا فى صيغة العقد حتى يعتد به فلا يبحث عنه خارج العقد ولا بد أن يتضمنه التعبير عن الإرادة ، ولذلك لا يعتد بالباعث ما لم تتضمنه صيغة العقد ، وقد ذهب الإمام الشافعى إلى ذلك صراحة فى قوله فى الأم (ج ٣ ص ٦٥) أصل ما اذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وإذا ذكر الباعث فى العقد وجب الاعتداد به فإذا كشف المتعاقدان عن الباعث ، وكان غير مشروع فالعقد باطل فلا تجوز إجارة الإماء للزنا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن مهر البغى وهو أجر الزنى (البدائع ج ٤ ص ١٩٠) كما لا يجوز الاستئجار على الغناء أو الملاهى لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد (الزيلعى ج ٥ ص ١٢٥) وقد يكون السبب مذكوراً ضمنا فى العقد بأن يكون مستخلصاً منه لأن المتعاقدين كشفا ضمنا عن الباعث لهما على التعاقد ، جاء فى البدائع فى شأن بيع القرد وأما القرد فعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان وجه رواية عدم الجواز أنه

(١) الجزء الرابع من الكتاب ص ٥٢ — ٨٩ ط ١٩٥٧ .

غير منتفع به شرعاً فلا يكون مالا كالخنزير ووجه رواية الجواز أنه وإن لم يكن منتفعاً به لذاته يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الأول لأنه لا يشترى عادة للانتفاع بجلده بل للتلهى به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنه لايجوز » . وكذلك يجوز بيع آلات اللاهى من البربط والطبل والمزمار ونحو ذلك عند أبى حنيفة لكنه يكره وعند أبى يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد فلاتكون أموالا فلا يجوز بيعها ، ولو كسرها إنسان ضمن عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن[1] ، وقد يختلف السبب عن المحل ويتميز فى الحكم فيكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع كاستئجار الأم للارضاع إذا كان واجبا عليها فهنا لا يكون السبب مشروعاً[2] .

أما فى المذهبين المالكى والحنبلى فالسبب فى هذين المذهبين هو الباعث على التعاقد وأورد الأستاذ الكبير ما نقله عن أعلام الموقعين من وجوب الاعتداد بالمقاصد والنيات فى العقود وأن النية تصحح العقد وتبطله ، والمالكية يعتدون بالباعث وإن لم يذكر فى العقد فلا يجيزون بيع أرض يقصد المشترى بناء كنيسة عليها أو بيع خشب يقصد المشترى صنعه صليباً ، ويشترط المذهب الحنبلى وجوب علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع . على أن الأستاذ الكبير أورد بعد ذلك أن المذهب الحنبلى يعتد بالباعث وليس من الضرورى أن يعلم الطرف الآخر به بل يكتفى أن تكون الظروف بحيث ينبغى أن يعلم

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٤٣ — ١٣٤ .

(٢) والأولى هنا أن يقال أن السبب يكون غير موجود . فلا صلة لهذا المثال بعدم المشروعية ولكن صلته بالمبادلة أو المعاوضة ظاهرة لأنه إذا كان الإرضاع واجباً شرعا فلا يصلح بدلا فى المعاوضة .

به وأكثر ما يكون ذلك فى التبرعات كما إذا أهدى المقترض إلى المقرض شيئاً قبل الأداء فيحمل على الربا .

وتناول الأستاذ السنهورى فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها ، وأورد بعض أوجه الخلاف حول مشروعية السبب فى بعض الالتزامات كاستئجار السلم لحمل الخمر ، وذكر أن فكرة المشروعية قد تطورت وأصبح مشروعاً ما كان غير مشروع ومن ذلك الاستئجار على تعليم القرآن فقد انتهى إلى أن أصبح جائزاً ومشروعاً وقد كان قبل ذلك غير مشروع إذ لما انصرف الناس عن تعليم القرآن ووجب أن يتفرغ له بعض الناس ولو كانوا يتكسبون منه صار مشروعاً وقد كان أخذ الأجر على تعليم القرآن غير جائز عند المتقدمين من الفقهاء[1] .

وذكر الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى : أن الفقه الإسلامى يعرف فى حالات خاصة محدودة العقد المجرد من سببه مثل عقد الكفالة فالكفيل لا يستطيع أن يحتج على الدائن بما يحتج به على المدين كما إذا كان أصل الدين غير مشروع كما لو كان ثمن خمر ويعتبر أن الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً عن التزام المدين . كما لا يبحث السبب خارج العقد ومثال ذلك ما رآه أبو يوسف صاحب أبى حنيفة فى عقد نكاح المحلل فإذا لم يذكر شرط التحليل فى عقد نكاح المحلل كان صحيحاً وكذلك ما رآه الصاحبان والإمام الشافعى فى بيع العينة والباعث عليه الربا فهو

---

(١) وقد رخص متاخروا الحنفية فى أخذ الأجر على تعليم القرآن — والأقرب أنه هدية — صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ٩ — وهذا المثال صلته بالمعاوضة ظاهرة أيضا لأن تعليم القرآن مشروع دائما ولكن الخلاف فى استحقاق الأجر عليه — ولذلك قربه البعض من الهدية حتى يخرج من عداد المعاوضة .

صحيح إذا لم يذكر الباعث عليه فى العقد فلا يعتد به مادام لا تتضمنه صيغة العقد .

وخلاصة ما تقدم أن الأستاذ الدكتور السنهورى يرى أن السبب فى الفقه الحنفى والشافعى هو جزء من صيغة العقد أو من التعبير عن الارادة ولا يعتد به إلا إذا كان قد ورد فى صيغة العقد ولا يبحث عن السبب على هذا الرأى إلا داخل العقد فلا يبحث عنه فى نية الطرفين أو الباعث لهما على التعاقد ، أما فى المذهبين المالكى والحنبلى فإن السبب عندهما هو الباعث على التعاقد .

والواقع أن أستاذنا الكبير كان فى عرضه لنظرية السبب فى الفقه الإسلامى أميل إلى فكرته الذاتية عن السبب بوجه عام باعتبار أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد ، وإلى نظرته فى قيمة النظرية التقليدية فى السبب فى الفقه الفرنسى على وجه الخصوص مع أن صياغة نظرية السبب فى المادة ١٣٦ مدنى مصرى لم تستطع أن تتخلص من آثار النظرية التقليدية فى السبب ، وقد تناول سيادته هذا النقد الذى يوجه إلى صياغة المادة ١٣٦ فذكر أنها نسبت السبب إلى الالتزام وليس إلى العقد أو العاقد وأنها تصورت إمكان قيام التزام دون سبب عند ما تصدرت المادة عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » مع أنه لا يتصور ذلك إذا اعتبرنا السبب بمعنى الباعث الدافع لأن الارادة لا تخلو من باعث يوجهها إلا إذا كانت إرادة غير مميزة ، وقد استهدف القانون المدنى الجديد نظرية الباعث الدافع كسبب للالتزام[1] .

غير أننا نرى أن فكرة المعاوضة كسبب للالتزام فى العقود اللازمة

---

(١) الوجيز للسنهورى ج ١ ص ١٨٤ — الهامش .

(الملزمة للجانبين) واضحة فى الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه وقد عرض الفقهاء لذلك فحددوا شروط المعاوضة التى يلتزم عندها العاقد والتى يبطل العقد عند تخلفها ، وكان اهتمام الفقهاء بذلك فى جميع المذاهب أوضح من الاهتمام بالباعث على التعاقد أو التصرف والذى عبر عنه الفقه الإسلامى غالباً بالنيـة ولذلك فإن نظرية السبب فى الفقـه الإسلامى كما عرضها الأستاذ الـكبير يرد عليها :

أولا : اننا إذا أردنا بالسبب أساس الالتزام أو جواب من يسأل لم التزم المدين ؟ فإن فـكرة المعاوضة تـكون ظاهرة فى الفقه الإسلامى . جاء فى البدائع « كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع[١] . والمعاوضة تعتبر صلب العقد لأنه يجب الفسخ بعد القبض إن كان الفساد فى صلب العقد أى فى أحد العوضين[٢] وأورد صاحب زاد المعاد أنها « بيع العروض بالعروض»[٣] . وذلك فى اصطلاح الفقهاء ، والإقالة عند الفقهاء هى رجوع كل من العوضين لصاحبه فيرجع الثمن للمشترى والثمن للبائع ، والجعل عقد معاوضة على عمل آدمى ويجب عوضه بتمامه لا ببعضه ببعضه ، وقد عد البعض أن المعاوضة ركن العقد فى البيع كما يقول الـكاسانى ركن البيع مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب[٤] ، ويلاحظ أن المبادلة على النحو السالف يجب أن تتحقق شروط الشارع فيها وهذه الشروط تؤدى بذاتها حسبما افترضه الشارع إلى التوازن فى

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٨٥ .

(٢) الحاشية على الدرر شرح الغرر المطبعة العثمانية كتاب البيوع ص ٣٢٦ .

(٣) زاد المعاد لابن القيم الجوزى ط المطبعة اليمنية جـ ١ ص ٢٩٢ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٣٣ .

مضمون العقد وعند تحقق هذه الشروط فى المعاوضة لا يكون هناك محل لتقدير قيمة العوض الذى تناوله أحد المتعاقدين بالنسبة إلى العوض الآخر أو بحث قيمته من الناحية المالية أو الاقتصادية . فإذا تحققت شروط المعاوضة كان ذلك دالا بصفة قاطعة على تحقق التوازن فى مضمون العقد ووجد كل التزام نشأ من العقد سببه وأساسه بالنسبة لمن يقع عليه الالتزام ، وقد قلل أستاذنا الكبير فى عرضه لنظرية السبب فى الفقه الإسلامى من شأن المعاوضة وإن كان قد أشار إلى أن بعض نصوص الفقه الإسلامى تشير إلى المقابلة بين الالتزامات فى عقود المعاوضة وتجعل المبادلة ذات أهمية كبرى فى العقد ، أكثر مما تشير إلى البواعث أو النوايا فى العقد .

ثانياً : أن الفقيه الكبير عرض لبعض صور الالتزامات التى أبطلها الفقهاء لعدم مشروعية الباعث، ومنها أن الأب لا يلتزم بأجرة الأم على إرضاع ولدها لأن الإرضاع واجب على الأم فهى تلتزم به شرعاً ، ومن الواضح أن الالتزام الذى يقع على الأب باطل لأنه لا سبب له . لأن الأم تلتزم بإرضاع الابن شرعاً[1] وليس مقابل الأجر الذى يدفعه الأب ، وهنا تبرز فكرة المعاوضة إذ لا يعتبر الإرضاع — مادامت الأم ملتزمة به شرعاً — عوضاً تتلقاه الطرف الآخر فى العقد فلا يكون ملزماً بدفع الأجرة ولا شأن لذلك بعدم مشروعية السبب ، كما أورد الفقيه الكبير ما جاء فى الخانيه (جـ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) « أمير العسكر » لو قال لمسلم أو ذمى إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم فقتله لا شىء له لأن هذا من باب الجهاد أو الطاعة فلا يستحق الأجر وقال محمد رحمه الله إن قال ذلك لذمى يجب الأجر ، ولو كانوا قتلى فقال الأمير من قطع

---

(١) والفرض أنه يجب عليها ذلك شرعا .

رؤوسهم فله عشرة دراهم جاز لأن هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الأول ، ولو استأجر الأمير ذميا أو مسلما ليقتل أسيراً حربياً كان فى يده فقتله لا شىء له وقال محمد رحمه الله تعالى يجب الأجر المسمى كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد ، وعلق الأستاذ السنهورى على ما جاء فى الخانية مما سلف ذكره بقوله : فالمسألة إذا تدور حول الأجر على الواجب فما كان واجباً لا يؤخذ عليه أجر فإن أخذ الأجر كان السبب غير مشروع ، ولا يجوز العقد .

على أن المسألة هنا فى نظرنا لا تتعلق بعدم المشروعية مطلقاً وإنما تتعلق بالمعاوضة ذلك أن قتل المسلم للكافر فى حرب هو فى ذاته جهاد مشروع ، ولذلك لا يمكن أن يوصف هذا الفعل بعدم المشروعية بحال ، وإذا فإن عدم أخذ المسلم الأجر عليه لا يرجع إلا إلى انعدام سبب الأجر ، وتكون المعاوضة مختلة (عند أخذ الأجر) لصالح من يقوم بالعمل لأنه عليه شرعا ، ويظهر الفارق وأساسه فى رأى محمد إذ لو كان من يقوم بالعمل ذميا لتغير الحل واستحق الأجر لأنه يقوم بذلك العمل عوضا عن الأجر الذى يعرضه عليه الأمير ، وكذلك فى حالة قطع رأس القتلى فى المثال الذى ورد بالخانيه فإن ذلك العمل لا يجب على من يقوم به شرعا ويصبح العمل هنا مقابل الأجر .

ثالثاً : ان ما ذكره الأستاذ السنهورى من أن الصبغة المادية للفقه الإسلامى تجعله مستعصيا على فكرة السبب فإن ذلك لا يصح إلا إذا اعتبرنا السبب بمعنى الباعث ، والواقع أن من مظاهر النزعة المادية فى الالتزامات فى الفقه الإسلامى أن ذلك الفقه عنى بالتقابل بين الالتزامات والتعادل فيها عناية غير معهودة فى الشرائع الأخرى ، فقد عمد ذلك الفقه إلى وضع قواعد تضبط عملية المعاوضة وهى عملية أساسها مادى بحت ، وإن كان يحيط بها الرضا وهو ركن العقد أو التصرف ، ولم يترك الفقه الاسلامى تحديد أسس المعاوضة

وشروطها لمحض إرادة المتعاقدين ، وإذا اعتبرنا السبب بمعنى الالتزام المقابل أو تنفيذه على حد ما تقرره النظرية التقليدية فى السبب لم يكن ذلك مخالفا للنزعة المادية فى الفقه الاسلامى بل لعل ذلك أشد موافقة لها من اعتبار السبب بمعنى الباعث[1] .

وقد عرض الأستاذ السنهورى بعد ذلك لنظرية السبب فى مذاهب الزيدية والجعفرية والظاهرية وهى فى نظره تقرب من المذهب الحنبلى الذى يعتبر السبب فيه هو الباعث على التعاقد ، وسنرى أن الفقه الحنفى لا ينكر كله أثر النيات فى العقود وأن الفقه المالكى لا يتخذ نفس المنهاج الذى يراه فقهاء الحنابلة فى أثر النيات فى العقود إذا كانت هذه النيات مخالفة للشرع أو تعين على مخالفته ، كما نرى فيما بعد ان المعاوضة التى يعتبرها الشارع يشترط فيها ألا تكون الغاية منها مخالفة لأمر الشارع .

السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد :

وقد كان اعتبار نظرية السبب فى القانون أساسا لفكرة السبب داعيا لبعض المؤلفين أن يقرروا صراحة ، ان الفقه الاسلامى بحث نظرية السبب ، فقد تناول الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الاسلامية جـ ٢ ص ٨٩ ط (١٩٤٧) مسألة سبب الالتزام أو سبب العقد وذكر أن علماء أصول الفقه الاسلامى بحثوا نظرية السبب بصورة علمية

---

(١) وفضلا عما تقدم فإن الفقهاء المسلمين لم يبحثوا تحديد الباعث الذى يعتبر سببا ، ولا فرقوا بين سبب دافع وسبب غير دافع إذ كانوا يبحثون حكم النية فى العقد والنية بذاتها لا تحتمل التقسيم لأنها لا تتعدد بخلاف البواعث على التصرف أو العقد فقد تتعدد وتختلف فى أهميتها .

فى أصول الفقه كما بحثها الفقهاء بصورة عملية فى الفروع ، وذلك فى أبواب الفقه المختلفة وذكر أن السبب فى الفقه الاسلامى هو الغرض المباشر المقصود من العقد وان لكل عقد غرضا أو سببا مقصوداً وإن تخلف بمقصوده يقال أنه بطل ، فالسبب فى عقود المعاوضة هو الغرض الذى يقصد إليه المتعاقدان وهو الانتفاع بالمعاوضة ، والسبب فى عقود التبرع هو إرادة المتبرع فى حد ذاتها ، كما أن الشريعة الاسلامية تعتبر الباعث الشخصى إذا كان مذكوراً فى العقد أو يستدل عليه منه وأورد المؤلف أن نظرية السبب فى الفقه الاسلامى أوسع مجالا من نظرية السبب التقليدية فى الفقه الفرنسى وأنها نظرية معنوية مبنية على تحرى الارادة والغرض والقصد .

نقد الفكرة :

ومع ما سبق أن ذكرناه من عدم جدوى قياس فكرة السبب فى الفقه الاسلامى والتى نحن بصدد تحديدها على مفهوم فكرة السبب فى القانون،فإن من يرجع إلى النصوص التى أوردها الأستاذ المحمصانى وانتهى منها إلى أن السبب فى الفقه الاسلامى هو الغرض المباشر المقصود فى العقد ، يبين له أنها لا تؤدى إلى ما انتهى إليه فقد استدل بما ذكره الغزالى فى المستصفى « ان كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع ، وان العقد سبب منصوب لحكمه إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صح وإن تخلف عن مقصوده يقال أنه بطل » كما استدل بما ورد فى الفروق من أن كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع (ج٣ ص ١٧١) ، وأورد أسبابا لبعض العقود حملها بمعنى السبب فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة والهبة سببها إرادة الخير للواهب ، والمقصود من البيع ونحوه انتفاع كل من المتعاوضين بما يصير إليه فإن كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل

منه مقصود، فيبطل عقده والمعاوضة عليه[١] واستدل على اعتبار البواعث في العقود بما ذكره صاحب أعلام الموقعين من أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وحله وحرمته[٢] .

ويجب أولا أن نوضح أن ما ذكره الأستاذ صبحي المحمصاني من أن الفقهاء المسلمين قد بحثوا نظرية السبب في علم أصول الفقه ونظرية السبب في الفقه في الفروع لايقوم عليه دليل علمي ، فليس في الفقه الاسلامي نظرية السبب بالمعنى المصطلح عليه في القانون الوضعي ، وإن كان فيه على ما سنرى ما يحل محل هذه النظرية ، ولا يضير الفقه الإسلامي ذلك فالقانون الإنجليزي مثلا لا يعرف نظرية السبب ويستعيض عن مفهومها بفكرة (الاعتبار) ولم يقلل ذلك من شأن القانون الإنكليزي لأن لكل شريعة صياغتها الخاصة بها بل إن كثيراً من الفقهاء في الفقه اللاتيني يرون أن نظرية السبب لاسيما النظرية التقليدية عديمة الجدوى بل وخاطئة ، والواقع أن الأستاذ صبحي المحمصاني قد دافع عن وجود نظرية السبب في الفقه الإسلامي باعتبار أن ذلك يدل على قوة الفقه الإسلامي وغناه ، وقد أدى به ذلك إلى محاولة فرض نظرية السبب وأساسها روماني على الفقه الإسلامي[٣] وان ما بحثه علماء أصول الفقه في مبحث السبب لاصلة له بنظرية سبب الالتزام في القانون أو الفقه الإسلامي ذلك أن مبحث السبب في أصول الفقه لايتصل بموضوع الالتزام أو العقد فحسب بل هو فكرة فلسفية منطقية تبحث الأسباب ومسبباتها ، ومايشترط لهذه السببية من شروط ومايقف في طريقها من موانع تحول دون وقوع المسببات بناء على الأسباب

(١) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢٣٨ .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٦ .

(٣) على التفصيل الذى سبق وفى حدود الخلاف الذى يذهب إلى أن أساس النظرية هو فى القانون الكنسى بعد أن تقرر مبدأ الرضائية .

والسبب فى الأصول — من أقسام الحكم الوضعى — فهو أمر يتعلق بحكم الشارع لا بفعل المكلف الذى قد يكون سبباً للحكم فحسب ، وقد يرد الحكم على المكلف الذى يلتزم به دون أن يكون له شأن فى سببه . كما أن السبب فى أصول الفقه يشمل العبادات والعقوبات والمعاملات وغيرها بينما نظرية السبب فى القانون تتعلق بالالتزامات والالتزام الإرادى بالذات ، وهى فكرة قانونية فحسب ، وقد سبق أن أشرنا فى مبحث السبب فى أصول الفقه الإسلامى إلى ذلك والنصوص التى أوردها المؤلف واستدل منها على أن السبب فى الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر المقصود من العقد لا تعين على هذا التصوير فإن المراد بلفظ المقصود فى النصوص التى نقلها ليس مقصود العاقدين بل مقصود الشارع وبذلك ينهار أساس الدعوى بأن السبب فى العقود الملزمة للجانبين فى الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر المقصود من العقد وإذا أخذنا بمعنى هذه العبارة حسب القانون الوضعى كان ذلك غريباً عما قصده الفقهاء المسلمون .

وما ذكره الأستاذ المحمصانى من أن السبب فى عقود التبرع هو نية التبرع فإنه لا يتفق مع التشريع الإسلامى فى نزعته إذ أن نية التبرع ذاتها لا تعنى شيئاً فى الفقه الإسلامى والمتبرع دائماً أبداً يقصد غرضاً من الأغراض وذلك واضح فى الفقه الإسلامى أكثر من أى شريعة أخرى . فقد ورد فى الحديث الشريف « إن الله لا يقبل من العمل إلا ما كان له خالصاً وابتغى به وجهه »[1] فالعمل دائماً يقصد منه غرض يدفع إليه والتصرف القانونى لا يخرج عن هذه القاعدة وهذا الغرض قد يكون مقابلا مادياً وهو مشروع وقد يكون رجاء فى الثواب وهو أولى بالمشروعية ولا أدل على ذلك من أن الهبة والصدقة فى الفقه الإسلامى

---

(١) البيان والتعريف فى أسباب ورود الحديث جـ ١ ص ١٩٧ .

لا يقصد بها أساساً نفع الموهوب له وإنما نفع الواهب[1] وهذا النفع لا يتصور إلا نفعا معنويا « إذا لم تكن الهبة بعوض » ، وتبدو نية التبرع شيئا لا جدوى منه بذاته فى الفقه الإسلامى ، على أن نية التبرع كما رأينا حتى فى نظرية السبب فى القانون لا تعنى شيئا إذا جردناها من البواعث التى تحركها وتدفعها .

على أنه حتى ما ذكره الأستاذ صبحى المحمصانى : يفيد فى بيان أهمية المعاوضة ذلك أنه فى عقود المعاوضة يقصد منها انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه فإذا كان أحد العوضين محرما أو عديم المنفعة لم يحصل منه مقصوده فيبطل عقده والمعاوضة عليه فالمعاوضة تختل باختلال جانب منها ولذلك يبطل العقد فالمعاوضة عملية تبادلية حدد الشارع الإسلامى المجال الذى تتم فيه بحيث تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد ، أما فى التبرعات فإن المؤلف نفسه نقل أن الهبة سببها إرادة الخير للواهب ومن ثم فإن نية التبرع فى ذاتها ليست شيئا ذلك أن الواهب ينتظر العوض على هبته « إذا لم تكن بعوض » وهو يجد هذا العوض فى الثواب أو رجائه من الله تعالى وهو نعم العوض — لأن فلسفة التشريع الإسلامى لا تأبى اعتبار الثواب عوضا كافيا عن الهبة أو الصدقة بل أنها تجعله عوضا لا يعادله عوض . بينما يأبى المنطق القانونى الوضعى ذلك التصوير ويأخذ بتصوير مادى بحت يجعل الهبة مقصوداً بها نفع الموهوب له ، ولذلك فإن سببها عند من يقولون بأنه نية التبرع ، يعد تصويراً لا غنى عنه لتفسير نزول المرء عن ماله بلا عوض مادى من الموهوب له وإن كان هناك

---

(١) وفى ذلك تختلف الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية إذ أن الهبة والصدقة يقصد بها الواهب جلب النفع له أساسا وهو رجاء الثواب فى الدنيا أو الآخرة بعكس الشرائع الوضعية والنزعة المادية هى الغالبة فيها — فهى تنظر ابتداء إلى الهبة باعتبارها نفعا ماديا للموهوب له .

بواعث على الهبة تحرك نية التبرع ، وقد تحقق غرضا من الأغراض للواهب إلا أن المنطق المادى هو الذى جعل الهبة فى التشريعات الوضعية تتجه إلى نفع الموهوب له وعلى قدر هذا النظر كانت حماية الواهب ومسئوليته التى تختلف عن مسئولية المتصرف فى عقد معاوضة ، وحتى فى الهبة فى الفقه الاسلامى . فإن انتظار العوض عنها أمر غير بعيد عن المتصرف فقد ورد فى حديث الرسول عليه السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها » والثواب هنا قد يكون ماديا ، وقد يكون لاكتساب المديح والثناء باظهار الجود والسخاء[1] أو طمعا فى المكافأة أو المجازاة عرفا وعادة[2] .

السبب هو المقصد الأصلى للعقد:

بحث الدكتور وحيد سوار فى رسالته التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى نظرية السبب ، وقد بحث سبب الالتزام بالمعنيين اللذين احتفلت بهما نظرية السبب فى القانون وهما السبب الفنى والسبب المصلحى[3] ، ورأى أن الشريعة الاسلامية تعطى الأهمية لصيغة العقد فركن العقد هو صيغته ولا محل بعد ذلك لركن السبب ، وتساءل عما إذا كان نصيب السبب ضئيلا فى الفقه الاسلامى وهل يدل ذلك على انعدام الشكل فى ذلك الفقه ورأى أن نظرية وحدة الصفقة ونظرية اللفظية ونظرية مجلس العقد ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد فى بعض

---

(١) البدائع ج٦ ص ١١٥ .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٣) أخذ الدكتور وحيد سوار بهذه التسميات للسبب موافقا الدكتور عبدالحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام .

مذاهب الفقه الاسلامى هى بمثابة قيود حلّت على مبدأ الرضائية الذى قرره الفقه الاسلامى طفرة واحدة .

إذ أوجد الفقه الاسلامى نظرية التعادل لكى لا تميل الرضائية كل الميل فينتهى الأمر إلى التغابن أو الغرر كما أوجد نظرية الباعث لكى لا تؤدى الرضائية مقاصد الشارع[1] ، ورأى الدكتور وحيد سوار أن الفقه الاسلامى استطاع التوصل إلى إبطال التزامات مستوفية لشروطها لارتباطها بالتزامات أخرى محلها غير مشروع عن طريق شرائط المحل فإذا كان المحل غير مقدور الاستيفاء فعلا كان العقد باطلا ، وكذلك عن طريق شرائط الارادة التعاقدية فمن شروطها أن تكون جادة جازمة فالالتزام بنقل شخص إلى مكان بعيد فى زمن قصير ينبىء عن إرادة غير جازمة فيكون العقد باطلا كما يُبطل الفقه الاسلامى التزام شخص بدفع مبلغ من المال لقاء عدم خطف ابنه عن طريق شرائط العقد الذى يشترط أن يكون مفيداً فما دام الانسان ملزما بعدم الاضرار بأخيه كالقاعدة الشرعية — لاضرر ولاضرار — فإن الاتفاق يكون غير مفيد لمن يلتزم بدفع المال .

ورأى الأستاذ وحيد سوار أن الفقه الاسلامى يسير وفق نظرية تركيبية تجعل من التصرف المولد للالتزام قاعدة لبنائها ويختلف ذلك عن المنطق الرومانى الذى جعل الالتزام وحدة لأبحاثه فنظر إلى العقد التبادلى كسلسلتين متقابلتين من الالتزامات ، وبذلك فإن السبب فى الفقه الاسلامى يكون هو مجموع الآثار المتولدة فإذا كانت هذه الآثار سليمة ذات محل مشروع كان العقد

---

(١) التعبير عن الارادة ص ٤٨٥ .

صحيحاً وإلا كان باطلا ، فالسبب فى الفقه الإسلامى ليس جواب السؤال لم التزم المدين — ولكنه جواب من يسأل لم عقد العاقد العقد ؟ فالتصرف القانونى وسيلة إلى الآثار والآثار هى السبب الذى دفع العاقد إلى التعاقد[1] ، وعرض الأستاذ وحيد سوار بعد ذلك لآراء ثلاثة :

أحدها : لتفسير الامتناع المشروع عن الوفاء[2] .

وثانيها : لبحث أساس حق الفسخ[3] .

وثالثها : فى أساس تحمل التبعة[4] .

وأول هذه الآراء أنكر أن يكون فى الفقه الإسلامى نظرية للسبب ، وقرر أن دور هذه النظرية لم يبرز لأن الفقه الإسلامى يسلم بأن التصرف هو الأمر الذى يستطيع العاقد اكتسابه والآثار جعلية من الشارع وحتى فى عقود المعاوضات فان الشارع قد نظمها بحيث لم يكن هناك مجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية على أساس إرادة المتعاقدين .

وثانى هذه الآراء هو فى أساس حق الفسخ وقد رأى الأستاذ حسن على الذنون أن أساس حق الفسخ فى الفقه الإسلامى هو انعدام الصلة بين ركن الرضا وركن المحل — إذ لما كان هذان هما الركنان فى العقد فى الفقه الاسلامى فإن الصلة بينهما يجب أن تكون سليمة — فإذا تبين أنها معيبة أو انعدمت هذه الصلة كان فسخ العقد أو انفساخه ولذلك يكون أساس حق الفسخ فى الفقه الاسلامى هو نظرية اتصال الرضا بالمحل .

---

(١) المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٢) الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الناهى — رسالة .

(٣) النظرية العامة للفسخ للدكتور حسن على الذنون — رسالة .

(٤) نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد زكى عبد البر — رسالة .

وثالث هذه الآراء ذكره الدكتور محمد زكى عبد البر فى أساس تحمل التبعة ، وقد ذهب إلى أن نظرية السبب غير موجودة فى الفقه الإسلامى ، وأن أساس تحمل التبعة هو التقابل بين الالتزامات .

والحق أن ما أورده الأستاذ وحيد سوار فى نقد الآراء السابقة نوافق عليه جملة ، ذلك أن ماذكره الدكتور صلاح الدين الناهى من أن الفقه الإسلامى يراعى التكافؤ فى المراكز التعاقدية ولا يترك العاقد الاخلال به إنما يمهد فى الواقع لرأينا الذى ندلى به من بعد من أن المعاوضة بشروطها التى أوردها الشارع تقوم بدور نظرية السبب فى القانون كاملا ، وما ذكره الأستاذ حسن على الذنون فى نظرية اتصال الرضا بالمحل وأنها أساس حق الفسخ فلا يسعنا الموافقة عليه لأن اعتبار المحل ركنا فى العقد ليس مسلما فى الفقه الإسلامى ، وما كان غير مسلّم لا يبنى عليه نظرية عامة فى ذلك الفقه ، وفضلا عن ذلك فإن الرضا والمحل عنصران لا يتفقان فى طبيعتهما فكيف نفترض اتصالا بينهما ثم نجعل هذا الاتصال أساساً لحق العاقد فى الفسخ عند انعدام المحل أو امتناع العاقد الآخر عن التنفيذ ، فالرضا عنصر نفسانى والمحل عنصر مادى ، وفضلا عن ذلك فإن الرضا لا ينصب على المحل وحده بل وما يحيط به من شروط وأوصاف بعضها يجيز الفسخ عند تخلفه مع سلامة المحل نفسه ، كالفسخ عند عدم تسليم الشىء المبيع فى الموعد المحدد أو فى المكان المعين ولا يسع هنا إلا القول باتصال الرضا بالمحل بكافة شروطه ، وأوصافه المتفق عليها ولا شبهة فى أن ذلك أمر يرجع بنا إلى الرضا مرة أخرى ، أما ما ذكره الأستاذ محمد زكى عبد البر من أن الفقه الإسلامى ليس به نظرية للسبب ، فإن ذلك لم يجادل فيه أحد وإنما الخلاف حول ما إذا كان هناك مفهوم معين لفكرة السبب فى الفقه الاسلامى ، كما

يعرفها القانون أم ليس فى الفقه الاسلامى مقابل لذلك العنصر فهو يستغنى عنه بلا بديل له ، وإذا كان ذلك محلا للتساؤل ، فإن المؤلف فى رسالة نظرية تحمل التبعة أرجع أساس تحمل التبعة إلى طبيعة العقد الملزم للجانبين والتى تقتضى أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل لأن العقد الملزم للجانبين ينشىء التزامات متقابلة ، فإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين انقضى الآخر ، وإذا استحال التنفيذ فى جزء من الالتزام انقضى جزء يعادله من الالتزام المقابل .

وإذا كان الأمر كذلك فإن فكرة المعاوضة تكون أوفى بالغرض ذلك أن الشارع فى الفقه الاسلامى لم ينظم طبيعة العقد الملزم للجانبين أو التقابل بين الالتزامات فيه ، ولكنه كما سنرى فيما بعد اعتدّ بالمعاوضة ونظم شروطها وسنعود إلى مناقشة ذلك فيما بعد عند بسط فكرة المعاوضة المعتبرة شرعا .

المقصد الأصلى فى العقد :

وقد رأى الدكتور وحيدسوار أنه يستطيع تعريف المقصد الأصلى للعقد بأنه الغاية النوعية أى الحكم الأصلى الذى جُعل العقد طريقا مشروعا للوصول إليه[1] . فالمقصد الأصلى لعقد الايجار هو تمليك المنفعة بعوض ، وفى عقد الهبة يكون المقصد الأصلى هو نقل الملكية مجانا والمقصد الأصلى لعقد النكاح هو حل المتعة للزوج والزوجة ، وبهذا المعنى ، فإن خصائص السبب تبدو فى أنه ذو طابع مادى وهو محدد لنوع التصرف وهو ممثل لوظيفة التصرف الاجتماعية أو الاقتصادية .

---

(١) التعبير عن الإرادة ص ٥٠٠ .

والمقصد الأصلى يترادف مع حكم العقد فالحكم الأصلى للعقد هو مقصده الأصلى بعد أن ينتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل وإبّان هذا الانتقال يطلق على المقصد الأصلى موضوع العقد فالمقصد الأصلى ، والحكم والموضوع وحدة متعددة لحقيقة واحدة مثلثة الوجوه فإذا ما نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل العقد كانت مقصداً أصلياً أى جلب مصلحة أو دفع مفسدة وإذا نظر إليها من وجهة نظر الشارع بعد العقد كانت حكما أصلياً مترتباً عليه[١] .

ويتميز المقصد الأصلى عن محل العقد ، فالمحل هو المعقود عليه الذى يثبت فيه حكم العقد وهو مايلزم به المدين كالمبيع أو الثمن فى عقد البيع والنفقة للزوجين فى عقد الزواج أما التحليل فى العلاقة الزوجية فهو موضوع العقد ، وانتقد الدكتور وحيد سوار من يخلطون بين موضوع العقد ومحله باعتبار أن الأول هو إيقاع الأثر ، والثانى هو مسقط الأثر ، ورأى أن تحقيق المقصد الأصلى هو من عمل الشارع وأن قصد العاقد للمقصد الأصلى هو تزيد لأن ذلك من عمل الشارع[٢] .

وانتهى بعد ذلك إلى أن المقصد الأصلى هو أساس التزام العاقدين ويكون فى البيع مثلا نقل الملكية بعوض وهو المظهر الشرعى ثم مبادلة المال بالمال وهو المظهر العملى والمظهر الأول أساس التزام المشترى بدفع الثمن ، وأن المظهر الثانى أساس امتناع المشترى عن دفع الثمن عند هلاك المبيع لأن أساس التزام المشترى بدفع الثمن هو مبادلة المال بالمال[٣] وما دامت هذه المبادلة قد تعذرت فإن التزام المشترى يسقط ، والمقصد الأصلى بعد ذلك مصدر القوة الإلزامية للتصرف وهو

---

(١) المرجع السابق ص ٥٠٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٦ .

(٣) ولا معنى لذلك سوى أن المعاوضة أو المبادلة المعتبرة شرعا هى أساس الالتزام .

المسوغ لحماية الشارع له لأنه فى عقد البيع مثلا فإن نقل الملكية بعوض هو المسوغ لمطالبة المشترى بالثمن أو مطالبة البائع بتسليم المبيع وهذه المطالبات تؤكد القصد الأصلى وعبر عنها الدكتور وحيد سوار بالمقاصد التابعة ، وقد كان بحث القصد الأصلى مقابلا للسبب الفنى (الذى يأخذ به بعض الفقهاء ويجعل السبب مزدوجاً) ذلك أن السبب الفنى هو عنصر فنى فى تكوين العقد أو تنفيذه أما الحماية الاجتماعية فلا يوفرها فى رأى من يأخذ بتعدد السبب سوى السبب المصلحى أو السبب بمعنى الباعث .

ثم عرض الدكتور وحيد سوار لما أسماه بالسبب المصلحى فى الفقه الإسلامى وبحث مذاهب الفقه فى الباعث على العقد إذا كان غير مشروع — وكما ذكرنا من قبل — فإن المذهب الشافعى لا يعتد بالباعث إلا إذا كان مذكوراً فى صيغة العقد أما المذهب الحنفى فهو لا يبطل العقد إلا إذا كان الغرض أو الباعث غير المشروع قد تضمنته صيغة العقد . ثم أورد المؤلف ما أسماه بالنظرية الذاتية فى المذهب الحنبلى وكل ذلك على نحو لا يكاد يختلف عما ذكرناه من قبل مما أورده الأستاذ السنهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — عند بحث السبب ، وسنعود إليه تفصيلا عند الحديث عن الغاية من العقد فى الفقه الاسلامى .

نقد نظرية المقصد الأصلى :

ذكر الدكتور وحيد سوار فى مبدأ بحثه عن السبب فى الفقه الاسلامى وهو ما عقد له فصلا كاملا فى رسالته أن الفقه الاسلامى يتميز بصياغة خاصة ولا يضيره ألا يكون به نظرية للسبب على غرار الفقه اللاتينى ولكن الواضح من

استعراض ما ذكره أنه لم يتبع ذلك المنهاج فى بحثه فقد تأثر تأثراً واضحاً بأمرين :

أولهما : التفرقة بين السبب الفنى والسبب المصلحى فى الفقه الإسلامى وهذا الشكل من التفرقة لا أثر له فى ذلك الفقه وإنما هو مستوحى من الفقه اللاتينى ومن رأى بعض من يقولون بازدواج السبب فيه .

وثانيهما : أن ما عرضه فى المقصد الأصلى وأنه المسوغ والمبرر لحماية الشارع للتصرف القانونى إنما هو تأثر ظاهر بصياغة النظرية الإيطالية فى السبب والتى تجعل السبب هو المسوغ للحماية القانونية للتصرف أو هو وظيفة التصرف القانونى نفسه والسبب بالمعنى المتقدم يختلف عن السبب الذى يعتبر من عناصر تكوين العقد منذ تكوينه حتى تنفيذه .

وأول ما يوجه من نقد للتفرقة بين السبب الفنى والسبب المصلحى هو ما ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهورى من أن الربط بين النظريتين التقليدية فى السبب (والتى تخلص إلى السبب الفنى) . والنظرية الحديثة (والتى تخلص إلى اعتبار السبب هو الباعث) هو ربط بين نظريتين تختلفان كل الاختلاف فى الأصل التاريخى وفى النزعة فالنظرية التقليدية قد تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين الذين أحيوا القانون الرومانى فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصياغة الرومانية . أما النظرية الحديثة فقد قال بها الفقهاء الكنسيون بانين إياها على أصول خلقية ودينية ومباعدين بها عن الصبغة الرومانية بعد أن حرروا الارادة من قيودها الشكلية .

ويؤخذ على نظرية المقصد الأصلى كما بسطها الدكتور وحيد سوار أنها تحملنا بعيداً عن مدار البحث الذى نتناوله — فإذا كنا نعرض لمفهوم فكرة

السبب فى الفقه الإسلامى — فإن نظرية القصد الأصلى لا تصلح عنصراً من عناصر تكوين العقد أو استمراره .

فالقصد الأصلى ليس بديلا لفكرة السبب الفنى أو نظرية السبب فى الفقه التقليدى الفرنسى ذلك أن القصد الأصلى أمر يخص الشارع ولا علاقة للمكلف أو المتعاقد به وهو محدد سلفاً من الشارع ، ومحدد بطريقة عامة تتفق مع طريقة الشارع الإسلامى فى بيان مقاصده بل أن الشارع الإسلامى قد حدد القصد الأصلى لجميع العقود والتصرفات فى المعاملات بأنه «لزومها للبقاء المقدور شرعاً» فالقصد الأصلى هو الحكم ونحن نبحث عن السبب . ذلك أن نقل الملكية بعوض وهو القصد الأصلى لعقد البيع لا يفيدنا بشىء عند البحث عن أساس التزام العاقد بدفع الثمن أو نقل الملكية .

وقد ضرب الأستاذ وحيد سوار ثلاثة أمثلة لالتزامات أبطلها الفقه الاسلامى عن طريق شرائط المحل أو الرضا . فأبطل الالتزام بدفع مبلغ معين لشخص نظير التشهير بشخص معين لأن هذا الالتزام غير مقدور الاستيفاء شرعاً لأنه معصية ، كما أبطل الالتزام بنقل شخص معين من مكان بعيد إلى مكان آخر فى زمن يسير لأن الارادة هنا غير جازمة وأبطل الالتزام الذى يتعهد فيه شخص بدفع مبلغ من المال لآخر لقاء عدم خطف ابنه لأن العقد لا يكون مفيداً ، والواقع أننا فى الأمثلة الثلاثة التى ذكرها نستطيع أن نرجع بطلان الالتزام فيها إلى فكرة المعاوضة المعتبرة شرعاً فإن الغاية من المعاوضة فى المثال الأول هى غاية يأباها الشارع فهى غير مشروعة ولذلك تبطل المعاوضة ويبطل الالتزام بدفع مبلغ معين تبعاً لذلك لا لأن الالتزام غير مقدور الاستيفاء شرعاً فنحن لا نبحث

القدرة المشروعة فى الالتزام وإنما نبحث القدرة فحسب فبيع الطير فى الهواء باطل لأنه يؤدى إلى الغرر[1] حتى ولو أمكن صيده فعلا لأن أحكام الشارع تناط بأفعال المكلفين ذاتها لا بحكم الشارع فيها، فمتى كان التشهير بشخص معين مقدوراً فعلا للمكلف لأنه لا يمتنع عقلا كان حكم الشارع هو المانع وليس العمل بطبيعته مادام غير ممتنع بذاته عقلا ، وفى المثال الثانى فإن التزام شخص بدفع مبلغ من المال لشخص يتعهد بنقله إلى مكان بعيد فى زمن قصير . إما أن يكون تنفيذه ممكناً ، وبالتالى يكون مشروعاً وتكون المعاوضة جائزة ويلزم طرفاها بما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، وإما أن تكون عملية النقل فى الزمن اليسير مستحيلة استحالة مطلقة . فإذا كان الأمر الثانى ، وهو الإلتزام بمستحيل . فإن عملية المعاوضة نفسها تكون معيبة ويسقط التزام الطرف الأول بدفع المبلغ لفوات المعاوضة فلا يكون هناك أساس للالتزام بدفع النقود ما دام النقل غير ممكن . أما إذا كان المتعاقد يعلم باستحالة النقل ومع ذلك يتعهد بإتمامه فلا يخلو الأمر من أن يكون هازلا أو معيب الارادة بوجه من الوجوه وهنا يصح إعمال شرائط الرضا ، وفى المثال الثالث الذى أبطل فيه الالتزام بدفع مبلغ من المال لشخص آخر لقاء عدم خطف ابن الملتزم فإن المعاوضة كأساس للالتزام تكفى لإبطال الالتزام بدفع المال نظير عدم الخطف فإن الامتناع عن الخطف لا يعد معاوضة معتبرة شرعا ذلك أن المعاوضة هى عملية مبادلة . وما يلزم به الشرع لا يقوم به الأجر على الطرف الثانى ونكون هنا أمام تخلف أحد العوضين مما يبطل العقد ، ولسنا أمام عقد غير مفيد . إذ الفائدة من عدم خطف

---

(١) ولأنه مال مباح لا اختصاص لأحد به قبل صيده .

اين الملتزم محققة ، ولأن استفادة الناس من قاعدة لا ضرر ولا ضرار أمر واقع إذ لا معنى من إيجاب القاعدة على الناس — إلا استفادة بعضهم من بعض عند تطبيقها بالامتناع عن الإضرار .

وأخطر ما فى نظرية المقصد الأصلى أن يعتبر السبب فى الفقه الاسلامى هو مجموع الآثار المتولدة من العقد فتخلط بذلك بين عنصر يلزم عند تكوين العقد والآثار التى لا تترتب إلا على عقد تام وصحيح فى نظر الشارع فإن الآثار التى يرتبها الشارع على عقد البيع — هى التى تترتب على عقد البيع الصحيح الذى يستوفى أركانه وشروطه فكيف نجعل سبب العقد أو أساس الالتزام هو أثر العقد أو مجموع الآثار المتولدة من التصرف .

وأما القول بأن الآثار هى الغاية النوعية من العقد أى المقصد الأصلى أو الحكم الأصلى الذى جعل العقد طريقاً إليه فإن الغاية النوعية من العقد ليست هى الآثار التى تتولد عنه لأن الآثار التى تتولد عن العقد تكون غير محددة بل تختلف باختلاف العاقد وظروف العقد ، وقد نظم الفقه الإسلامى آثار العقد بحيث يؤدى العقد وظيفته ، غير أنه مع ذلك ترك — كما سنرى فيما بعد — مجالا لاختلاف آثار العقود بعضها عن البعض الآخر ، أما الغاية النوعية فواحدة ولا تتغير وهى ليست أثر العقد أو مجموع الآثار المتولدة منه . بل الغاية النوعية من العقد . إن صح هذا التعبير فى الفقه الإسلامى — هى مجرد وسيلة لتقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات سواء فى الابتداء أو الانتهاء أو فيهما معاً بحسب الغاية من العقد حسبما وضعها الشارع .

ومن ناحية أخرى فقد عرض الدكتور وحيد سوار لما أسماه السبب المصلحى فى الفقه الإسلامى واستعرض مذاهب الفقه الإسلامى فى شأن السبب بمعنى الباعث الدافع على التعاقد فى الحالة التى يكون فيها الباعث مذكوراً فى

صيغة العقد أو غير مذكور فيها — مما نعود إلى مناقشته تفصيلا عند بحث الغاية من المعاوضة الشرعية — وإذا كان السبب الفنى هو المقصد الأصلى كما توجه إلى ذلك الرأى الذى أسلفناه فكيف يكون الباعث على العقد سبباً مصلحياً فى الفقه الإسلامى ، ومن البديهى أن المقصد الأصلى أمر يختلف اختلافاً كاملا عن الباعث أو النية فى العقد ذلك أن المقصد الأصلى أمر موضوعى ولا يتغير فى النوع الواحد من العقود وهو من شأن الشارع لا يملك العاقد فيه تغييراً أو تحويراً بينما الباعث على العقد أمر ذاتى يتعلق بكل عاقد على حده وهو متميز بالنسبة لكل متعاقد وهو أمر يتعلق بالمتعاقد ولا صلة له بالشارع إلا من ناحية حكم الشارع فيه .

فكيف يكون السبب فى الفقه الإسلامى من هذين العنصرين المختلفين اللهم إلا إذا كان المقصود أن تكون نظرية السبب فى الفقه الإسلامى على غرار نظرية السبب فى الفقه اللاتينى بل وتأخذ أيضاً بازدواج السبب إلى سبب فنى وسبب مصلحى .

وفضلا عما تقدم فإن هذا الرأى حينما يربط بين المحل وبين المقصد الأصلى لإبطال عقد بيع يقع على شىء محرم مما لا يتقوم فى نظر الشريعة الإسلامية فإنه لا يظهر لهذا الربط فائدة ، ذلك لأن بطلان التصرف الذى يقع على شىء محرم كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير (فيما عدا ما يقع بين غير المسلمين) أمر مقرر فى أى عقد سواء فى عقود المعاوضات أو عقود التبرع ، والقول بأنه عن طريق هذا الربط تبطل العقود المخالفة للنظام العام على أساس أن البطلان هنا مترتب على تخلف المقصد الأصلى مبالغ فيه . ذلك أن بطلان هذا التصرف بسبب حرمة المحل ذاته لا علاقة له بالمقصد الأصلى من العقد إذ البطلان هنا يلحق أى

تصرف حتى ولو لم يكن عقداً ، وذلك راجع إلى تحريم الشارع الإسلامى أشياء معينة لم يجعل لها قيمة مالية فى نظر الشارع ، فالاستيلاء على خمر لا يكسب ملكيتها لأنها ليست مالا وترك المورث خمراً أو لحم خنزير لا يتلقى الوارث ملكيتهما لأن هذه الأشياء ليست مالا فى نظر الشارع .

أما النظام العام فى الفقه الإسلامى فهو يتعلق بأمر واحد وهو أن تحريم الانتفاع بأشياء معينة من قبل الشارع هو من حقوقه التى تغلب حقوق العباد فإذا ترتب للعباد فيما بينهم ، وبسبب أى عقد أو تصرف سواء كان إرادياً أو غير إرادى — أية حقوق فى أشياء مما حرمها الشارع فإن هذا التصرف لا يكون له أثر لأن ما حرمه الشارع لا يملك المكلف أو العاقد أن يستند فى ملكيته أو الانتفاع به إلى سبب من الأسباب التى شرعت للملكية وهى كلها أسباب ورد بها الشرع فلا تتخذ وسيلة إلى مخالفته باكتساب ملكية أو منفعة شىء محرم .

على أن فكرة النظام العام فى الفقه الاسلامى — والتى تتعلق بتقسيم الحقوق إلى ما يتعلق منها بحق الشارع أو حق المحكوم — هى فكرة أعم من العقود ولا تقتصر عليها بل أنها تعم سائر أبواب الفقه من عبادات وعقوبات وأحوال الانسان الشخصية بل إن هذه الفكرة فى مجال العقود لا تكاد تظهر بالقدر الذى تظهر به فى نواح أخرى من الفقه كالعبادات أو العقوبات وإذا قلنا أن بطلان بيع ما حرمه الشارع يرجع إلى النظام العام عن طريق الربط بين محل العقد والمقصد الأصلى فإن ذلك لا يفيد فى تعليل البطلان فى العقد — لأننا نستطيع تعليل إبطال أى تصرف من عبادات أو معاملات أو أحوال شخصية إذا انصب على شىء غير مشروع أو استهدف غرضاً غير مشروع بأن مقصده

الأصلى قد تخلف ، وحينئذ نترك دائرة سبب الالتزام أو سبب العقود إلى حكم تصرفات المكلف عامة حينما يتخلف مقصدها الأصلى الذى وضعه الشارع .

أما أنّ المقصد الأصلى ممثل لوظيفة التصرف القانونى لأنه ينتظم الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى الذى يسوغ وجوده فهو تأثر واضح بالنظرية الإيطالية فى السبب ومحاولة لفرض مفهومها على الفقه الاسلامى ، وإذا كان السبب يمثل وظيفة التصرف القانونى فكيف يكون السبب غير مشروع كما فى حالة السبب المصلحى مثلا ، وإذا تلفت الوظيفة الاجتماعية أو الاقتصادية للعقد وكان محل العقد مشروعاً والباعث عليه جائزاً فما حكم هذا العقد وأخيراً فإن ما ذكره الدكتور وحيد سوار — بعد ذلك — عن المقصد الأصلى وتعارض المقصد الأصلى مع قصد المكلف واستواء قصد المكلف إلى المقصد الأصلى مع عدم قصده إليه ، كل ذلك أدخل فى السبب فى أصول الفقه الاسلامى — منه إلى سبب الالتزام — وقد استمد ما رجع إليه فيه من مؤلفات الأصول كالموافقات(١) .

السبب عند فقهاء الشريعة المحدثين :

كان فقهاء الشريعة الاسلامية على وجه العموم فى كتاباتهم فى نظرية العقود أو فى أحكام المعاملات الشرعية من المحافظين حقاً على صياغة الفقه الاسلامى. ولم يحاولوا فيما قرأنا لهم أن يتلقفوا صياغة نظرية السبب فى القانون وفى الفقه اللاتينى بصفة خاصة ليجعلوها أساساً لنظرية السبب فى الفقه الاسلامى أو يشيِّدوا على منوالها هذه النظرية .

إذ يبدأ الفقهاء المحدثون عند — تناول أحكام المعاملات — فى دراسة

(١) المرجع السابق ص ٥٠٥ — ٥١٠ .

العقود كنظرية عامة ، وهذه النظرة نراها أفضل من البدء بدراسة الالتزام إذ أن تصور الالتزام مستقلا والبدء بدراسته أشق من تصور العقد ابتداء ، ثم دراسة ما يتفرع عنه وهو الالتزام ، وإذا كان هناك التزامات أخرى لا تنشأ من العقد كما فى الالتزام الناشىء عن العمل غير المشروع . فإن العقد ما زال من أغنى المصادر للالتزام فى الحياة العملية ، وما ينشئه من التزامات أو ما تنشئه مصادر أخرى تكاد تحكمها فى بعض النواحى قواعد متماثلة ، وإذا كان الفقهاء المحدثون يبدأون بالعقد وهو عندهم ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره فى المحل ، فإن الصيغة هى ركن العقد وهو مسلّم فى الفقه الإسلامى ، ولا محل لركن السبب فى العقد بالمعنى الذى يقصده القانون ، غير أن بديل هذا المعنى موجود بلا جدال فى الفقه الإسلامى وهو يمثل فى وظيفته ما يؤديه السبب فى الالتزام أو العقد .

على أنه يلاحظ أمران :

أولهما : أن السبب يستعمل بمعنى المصدر المنشىء للالتزام فعقد البيع سبب وعقد الإيجار سبب لإلتزام المؤجر أو المستأجر ، وهذا المعنى كان ملحوظا فى القانون الرومانى كما سبق أن ذكرنا .

ثانيهما : أن من كتبوا فى نظرية العقود فى الشريعة الإسلامية ، دون استثناء تقريبا بحثوا الباعث على العقد بحثا مفصلا وهو بمعنى السبب فى النظرية الحديثة للسبب[1] ، وهم يبحثون ذلك فى صدد نية العاقد وأثرها فى العقد من حيث أنها تؤدى إلى صحة العقد أو بطلانه على التفصيل الذى ورد فى مذاهب الفقه الاسلامى ، وفى البحث عن النية والباعث على العقد تتفق الشريعة الاسلامية

(١) بغض النظر عن التفرقة بين باعث دافع وغيره .

والقانون من حيث اشتراط مشروعية الباعث عند تكوين العقد وفى تأثيره إذا لم يكن مشروعا عليه .

والنية قد تختلف عن الباعث الدافع الذى يعتبره القانونيون سبباً . والأصل المسلم به فى الشريعة الاسلامية أن النية أمر داخلى لا يعلمه إلا الله ولا نعرف فى الفقه الاسلامى حالة يلزم فيها المتعاقد بأن يبحث عن نية الطرف الآخر المتعاقد معه إذ النية مردها إلى الله والتكليف بالبحث عنها بالنسبة لشخص آخر يخرج عن مقدور المكلف فضلا عن أنه لا يتفق مع المبدأ العام فى الشريعة والذى يتقرر به أن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر[(١)] .

وقد تناول الأستاذ الشيخ على الخفيف فى كتابه أحكام المعاملات الشرعية سبب العقد بمعنى الباعث عليه ، فذكر أنه إذا كانت إرادة العاقد لا تتفق مع آثار الالتزام المطلوب بأن اتجهت إلى غرض غير مقصود من الشارع ، فإن الرأى فى ذلك يتبع حكم الغرض فإذا كان غرضا محظوراً[(٢)] حرمه الشارع فقد ذهب الامام أبو حنيفة والامام الشافعى إلى أن ذلك لا يؤثر فى صحة العقد ما دامت العبارة التى أنشأت العقد قد خلت من بيان ذلك الغرض ولو كان معلوما من العاقدين ، وذهب الامام أحمد بن حنبل والامام أبو يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة إلى بطلان العقد إذا كان يقصد به تحقيق غرض غير مشروع إذ أن فى هذه العقود إعانة على معصية ، وأما المالكية فقد وقفوا موقفا وسطاً إذ أنهم رأوا أن هذه العقود صحيحة ، ولكن لا يجوز أن تبقى آثارها بل يجبر المشترى على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه إذا أدى تملكه للشىء المشترى إلى معصية ، وقد جاء فى منح الجليل « يمنع بيع آلة الحرب للحربيين من سلاح وكراع

---

(١) نظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٠٩ — ٢١٠ .

(٢) نظر الأستاذ الشيخ على الخفيف إلى غرض العقد من وجهة نظر الشارع وهو ما نراه سديدا فلم يرتب الحكم صراحة على نية العاقد فحسب .

وسروج ، ويمنع بيع العنب لمن يتخذه خمراً أو بيع جارية لأهل الفساد الذين لا غيرة لهم[1] .

وقد يكون فى هذا العرض لوجهة الفقه الاسلامى فى السبب بمعنى الباعث على التعاقد شبه بما أوردناه من قبل من رأى للدكتور وحيد سوار — وذلك بالقول ـ بأنه إذا كانت إرادة العاقد لا تتفق مع آثار الالتزام المطلوب بأن اتجهت إلى غرض غير مقصود من الشارع بطل الالتزام ، مما قد يفيد ان المقصد الأصلى للعقد هو المعول عليه فإذا تخلف كان العقد باطلا ويكون المقصد الأصلى هو السبب .

على أن الأستاذ الشيخ على الخفيف لم يعرض لهذه الوجهة بل عرض لمخالفة نية العاقد أو الباعث الذى دفعه إلى العقد لحكم الشارع جملة — لا فى عقد معين من العقود ، فإذا كانت نية العاقد فى عقد بيع هى مخالفة قصد الشارع ومراميه على وجه العموم كان حكم العقد طبقاً لما أوضح اختلاف الفقهاء فيه ، ولا صلة لذلك بجعل المقصد الأصلى لكل عقد هو سببه ، ولأن المقصد الأصلى لعقد البيع قد يتوفر وهو نقل الملكية بعوض ويكون الباعث غير مشروع ، وكذلك فإن الأستاذ وحيد سوار جعل المقصد الأصلى مقابلا للسبب الفنى ، وقد دار بحث الأستاذ الشيخ على الخفيف على الباعث أو السبب المصلحى فى رأى بعض الفقهاء .

وقد بحث السبب بمعنى الباعث أو نية العاقد فى العقد الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور فذكر أن مذاهب الفقه الاسلامى تختلف فى الأخذ بالارادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة فى التعبير عن الارادة وأن المذهب الحنفى والشافعى يأخذان

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠٢ ، ٢٠٤ وهامش الصفحة الأخيرة ط سنة ١٩٤٤ .

بالارادة الظاهرة وعلى خلافهما المذهب الحنبلى والمـالـكى وقد كان بحث تأثير نية العاقد فى العقد متأثراً بالأخذ بالارادة الظاهرة فى التعبير أو بالأخذ بالارادة الباطنة التى لا يتضمنها التعبير ، فاستوجب المذهب الشافعى أن يكون الغرض غير المشروع ظاهراً فى التعبير بينما لم يشترط المذهب الحنبلى ذلك وأعمل أثر النية غير المشروعة فى العقد تصحيحاً وإبطالا ، وهذا القول يرد حكم المذاهب فى النية أو الباعث وأثرها فى العقد إلى مبناه وهو الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة .

السبب هو المصدر المنشىء :

وقد ذهب البعض إلى أن الحق الشخصى ينطوى على عناصر ثلاثة هى صاحب الحق والشخص المـكلف والمحل الذى يتعلق به ، وان هذه العناصر إنما هى عناصر مادية ولا يكفى وجودها لوجود الالتزام بل لابد من سبب يربط طرفى الالتزام أى شخصه بموضوعه أى ينشىء الالتزام بين طرفيه ، وهو السبب وهو الحادثة الموجدة للالتزام ، وعلماء القانون يسمون هـذا السبب مصدر الالتزام(١) وأورد أنه ليس فى الفقه الاسلامى معنى لسبب الالتزام سوى المصدر المولد له .

على أن هذا الرأى فى الواقع يغفل أمرين أولهما أننا نبحث فى الفقه الإسلامى عن مفهوم فـكرة السبب فى القانون أو بديل لهذا المفهوم وسنرى بلا جدال أن فـكرة المعاوضة الشرعية أو المعاوضة التى يعتبرها الشارع هى بديل نظرية السبب فى القانون وأنها تقوم بنفس الدور الذى يقوم به السبب

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى للأستاذ مصطفى الزرقا ص ٥٨ — ٦٢ ط سنة ١٩٥٦ .

سواء عند تكوين العقد أو لاستمراره ، وثانيهما أن الفقه الإسلامى بحث فى نية العاقد عند العقد وتأثير هذه النية فى صحة العقد أو بطلانه ولا يختلف ذلك فى كثير عن السبب فى القانون بمعنى الباعث الدافع .

السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد :

على أن المرحوم الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى قد بسط فى كتاب الأموال ونظرية العقد رأيه فى السبب فى الفقه الإسلامى ، ومن رأيه ان علماء الفقه الإسلامى وعلماء أصول الفقه بالذات قد بحثوا السبب فى الفقه الإسلامى لأن السبب الصحيح يعتبر شرطاً لا بد منه لقيام العقد أو الالتزام ، وعرف السبب بأنه الغرض المباشر المقصود من العقد ، وذلك أخذا من كلام الأصوليين ، وما يطلقون عليه كلمة سبب[1] ، وتناول الفقيه الكبير النية وأثرها فى العقد والشرط غير المشروع وحكمه إذا ذكر فى العقد أو أغفل ذكره ، وأورد مسألة زواج المحلل ، وقد بحثها الفقه الإسلامى بحثاً مفصلا كمثال على الباعث على العقد إذا كان غير مشروع ، وفى زواج المحلل فإن أبا حنيفة يرى أنه إذا كان الزواج بشرط التحليل كما لو قال الزوج الثانى تزوجتك لاحلك لزوجك الأول كان الزواج صحيحاً لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط إلا أنه مكروه تحريما لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » ، وعند محمد أنه عقد صحيح إلا أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول عقابا له لأنه استعجل طلاقها من الثانى أما إن كان الزواج لم يرد فيه شرط التحليل وإن كان هو القصد فلا يكون مكروها وتحل به لزوجها الأول على أن

---

(١) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى ص ٣٠٠ .

واحداً من الفقهاء وهو السروجى يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً أى يصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه فى العقد فيكره[١] .

ورأى الأستاذ محمد يوسف موسى رحمة الله عليه فى مذكراته فى البيوع فى فقه الكتاب والسنة أنه قد يتوفر فى البيع ما ذكره من شروط ، وهى ملكية البائع للمبيع ووجوده تحت يده وحل بيعه وألا يكون فى العقد ربا ، وكذلك الإشهاد وأن يكون الثمن حلالا التعامل به ، ومع ذلك يستلزم البيع أن يكون له سبب شرعى ، فكل عقد يجب أن يكون له سبب يدعو إليه وإلا كان عبثاً وهذا السبب قد يكون مشروعا فيجوز العقد أو غير مشروع فلا يجوز، وذكر أن بحث السبب لم يفت علماء أصول الفقه ومنهم الشاطبى فى الموافقات والقرافى صاحب الفروق وابن القيم صاحب أعلام الموقعين فنجد فيها إشارة لسبب الالتزام أو العقد بصفة عامة[٢] .

وانتهى الأستاذ محمد يوسف موسى رحمة الله عليه إلى تعريف السبب فى العقد كما سبق أن بسطه فى كتاب الأموال ونظرية العقد بأنه الغرض المباشر المقصود من العقد — كما عرض إلى رأى الفقهاء وخلافهم فى الأخذ بالنية وإعمال أثرها فى العقود وبين فى ذلك الخلاف بين رأى الحنفية والشافعية من جهة وبين المذهبين المالكى والحنبلى من جهة أخرى .

وما سبق أن ذكرناه من أن علماء أصول الفقه لم يبحثوا سبب الالتزام

---

(١) المرجع السابق — ويلاحظ هنا الاستدلال على النية بأمر موضوعى .

(٢) مذكرات فى فقه الكتاب والسنة فى البيوع للأستاذ محمد يوسف موسى ص ١٣٠ — ١٣٤ .

أو العقد بالمعنى الذى قصده القانونيون[1] وهو مدار بحثنا ، يطبق على ما تقدم من الرأى الذى يقول بأن علماء أصول الفقه بحثوا سبب العقد أو الالتزام ، ذلك أن سبب العقد أو الالتزام لم يعرض له الفقهاء المسلمون بالمعنى الذى يظهر فى نظرية السبب فى القانون كبحث مستقل إلا أننا نجد فى فروع الفقه فى المذاهب المختلفة كما سنوضح فيما بعد بديلا لهذه النظرية ويقوم بنفس الدور الذى تقوم به ، فالنظر فى فروع الفقه الاسلامى ، وعلى اختلاف مذاهبه فى عقود المعاوضات أو العقود اللازمة[2] يكشف أن المعاوضة المعتبرة شرعا أو المعاوضة الشرعية تقوم بالدور الذى تقوم به نظرية السبب فى القانون ، وهذه النظرية فى جميع مراحل تطورها عبر تاريخها الطويل تنتهى بصفة عامة إلى تحقيق أمرين :

أولها : التوازن فى مضمون العقد .

ثانيهما : الحماية الاجتماعية فى مواجهة العقود غير المشروعة .

وكلا الأمرين على ما سنرى تحققه المعاوضة المعتبرة شرعا .

---

(١) سبق بيان ذلك فى الرد على رأى الأستاذ صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الإسلامية فى هذا الفصل .

(٢) فيما عدا ما استثنيناه من العقود اللازمة والتى ليست من عقود المبادلات المالية كالزواج .

الفصل الثالث

السبب فى العقود

اختلاف السبب فى العقد اللازم وغير اللازم :

قبل أن نتناول السبب فى العقود بالمعنى الذى بحث عنه الفقهاء المحدثون والذى تعرضنا له فى الفصل السابق واستعرضنا آراءهم نشير إلى أن هذا السبب فى نظرنا يختلف بحسب ما إذا كان العقد لازماً أو غير لازم — ذلك أن العقد اللازم يتميز بأن العاقد لا يستطيع التحلل منه بإرادته بينما يملك العاقدان أو أحدهما فى العقد غير اللازم أن يتحلل من التزامه دون مسؤولية عليه فى ذلك[1] ، وهذا الفارق يحتم علينا عند الإجابة عن السؤال لم التزم المدين أن نقرر أنه فى العقد غير اللازم لا يلتزم المدين التزاماً نهائياً . بل التزاماً معلقاً على إرادته ويرجع ذلك فى الأصل إلى أنه فى العقود غير اللازمة لا يراعى التقابل بين الالتزامات ولا يطلب الشارع أو العاقدان التعادل بينها[2]،وحينئذ لا يكون مفر من اعتبار مقاصد الشارع فحسب فى العقود غير اللازمة بمعنى أنه لا يشترط فيها سوى أن تكون الغاية من العقد مشروعة — أما فى العقد اللازم فإن لزومه ناشىء أصلا من اعتبار التقابل بين الالتزامات فيه فلا يباح لأى من طرفيه

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٧٥ ، ومعنى اللزوم كون العقد لا يمكن رفعه — التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ١٢٣ أو خلوه من الخيارات ـ رد المحتار جـ ٤ ص ٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٧٥ — ويرتفع العقد اللازم بالاقالة — البدائع جـ ٥ ص ٣٠٦ .

(٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ٢ ، ٣ .

التحلل منه بإرادته حتى لا يخل بذلك بالتقابل بين الالتزامات — كما أن الشارع يتطلب فى هذه العقود التوازن فى مضمونها والتكافؤ بين حقوق العاقد فيها والتزاماته ، ولا جدال فى أن ما يتطلبه الشارع هو ما يهدف إليه العاقدان فى عقد المعاوضة وقد وضع الشارع لهذا العقد شروطاً تكفل تحقيق هذا التوازن بإبطال كل ما يخل به ويؤدى إلى انعدام التكافؤ بين العاقدين فى حقوقهما والتزاماتهما . سواء كان ذلك الإخلال محققاً أو محتملا ، وسواء كان بسبب طبيعة العقد أو بفعل العاقدين أو بسبب ظروف انعقاد العقد .

وبذلك فإن السبب فى العقد اللازم هو المعاوضة التى يعتبرها الشارع وهى تقوم بدور السبب فى العقد وتكون الاجابة عن السؤال لم التزم المدين — هى بتمام هذه المعاوضة واستيفائها لشرطى التوازن فى مضمون العقد وشرعية الغاية منه . فالمعاوضة على الصورة التى رسمها الشارع بشرطيها هى سبب التزام كل من العاقدين فى نفس الوقت بما أنشأه العقد من التزامات ، فلا يكفى فى العقد اللازم أن يتحقق الرضا ويسلم المحل . بل لا بد من سلامة المعاوضة التى يعتد بها الشارع حتى يصح العقد ، ونشير إلى تعريف العقد فى القانون وفى الفقه الإسلامى .

تعريف العقد قانوناً :

هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، ولم يرد تعريف للعقد فى القانون المدنى المصرى أخذاً بمبدأ رآه واضعوا القانون فى عدم إيراد تعريفات فى نصوص القانون[1] فكل اتفاق يراد به إحداث أثر قانونى فهو عقد ويجب أن يكون الاتفاق فى دائرة القانون.

---

(١) الوجيز للسنهورى ج ١ ص ٢٧ هامش رقم ١ طبعة سنة ١٩٦٦ .

الخاص وفيما يتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والايجار والوكالة والهبة فلا تعد المعاهدات وهى اتفاقات بين دولة وأخرى عقوداً وكذلك لا يعد الزواج عقداً لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية وإن وقع عقد الزواج فى نطاق القانون الخاص وذلك لأن الالتزامات التى تنشأ منه ليست من الالتزامات المقدرة مالياً ، ويحتاج العقد فى نشوئه إلى التراضى وإلى المحل وإلى السبب . إذ العقد يقوم على التراضى والارادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب ولذلك فللعقد حسب ذلك ركنان التراضى والسبب ، وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد وأهميته لا تظهر إلا فى الالتزامات الناشئة عن عقد لأن الالتزامات التى لا تنشأ عن عقد يتولى القانون تعيين محلها فلا أهمية لبحث المحل فيها لأن القانون لما كان يتولى تعيينه فإنه لا بد وأن يكون مشروعاً بخلاف ما إذا كان تعيين المحل متروكا للمتعاقدين فى الالتزامات الناشئة عن العقود فقد يكون تحديد الطرفين لمحل الالتزام مخالفاً أو متفقاً مع القانون[1] ، والغالب فى القانون أن يكون عدم اعتبار الشارع للمحل راجعاً إلى أنه محرم حيازته أو أن يكون هذا المحل مخالفاً للآداب فعدم مشروعية المحل فى القانون ترجع إلى مخالفته لأحكام القانون أو للنظام العام أو الآداب .

تعريف العقد شرعاً :

والعقد فى الفقه الإسلامى لا يكاد يختلف عن معنى العقد فى القانون . فهو لغة يطلق لفظه على ما فيه معنى الربط بين أطراف الشىء — يقال عقد

---

(١) المرجع السابق ص ٤٧ — ٤٨ .

الحبل فانعقد ، وقد يطلق فيراد به الضمان والعهد ، وعلى ما يفيد إحكام الشيء وتقويته . كما يطلق على كل مايفيد التزاماً فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل مافيه معنى الربط أو التوثيق أو الالتزام من جانب واحد أو من جانبين[1] .

ولم يضع الفقهاء تعريفاً للعقد — على أن تناولهم للعقود يفيد نظرتهم إليه فجمهور الفقهاء يرى أن العقد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على

---

(١) فالعقد أو الانعقاد هو ارتباط أجزاء التصرف شرعاً — أو هو الإيجـــاب والقبول — أو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل —أنظر شرح التوضيح جـ ٢ ص ١٢٣ ط سنة ١٩٥٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ ، المغنى جـ ٣ ص ٤ والعقد إما أن يطلق على معنى تعلق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل أو على معنى آخر هو مايتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره ويترتب عليه التزام بين طرفيه وفى هذين المعنيين يحدث العقد حتما بين اثنين أو أكثر .

وقد قال بعض الفقهاء ومنهم الجصاص الحنفى بشمول العقد لما يتم فيه الالتزام بارادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالعزل من التوكيل والطلاق ويقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور أن العقد (أى تعريفه) يرشد إلى نزعة موضوعية فهو تعلق كلام أحد العاقدين شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل فالفقهاء يركزون نظرتهم إلى النتيجة الأخيرة للعقد دون اعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشىء التزاما شخصيا .

والعقد يفيد التزاما متوقفا على اجتماع إرادتين — والالتزام هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه دون توقف على التزام أو تصرف من جانب آخر فيستوى التصرف الذى ينتج التزاما فى جانب فى مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع أو أن يكون تمامه متوقفا على مجرد قبول شخص آخر كالوكالة أو الوصية أو الذى ينتج من جانب واحد دون توقف على شيء كالطلاق .

والتصرف ما يصدر عن الشخص المميز بارادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما وقد يكون قولياً أو فعلياً .

فالتصرف أعم من الالتزام والعقد ، والالتزام أعم من العقد .

راجع المدخل فى الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٥٠٧ — ٥٠٩ ط ١٩٦٦ .

وجه يظهر أثره فى المحل أو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو نحوه فيترتب عليه التزام بين طرفيه ويشترط فى المعنيين أن يحدث الارتباط بين طرفين أو بين إرادتين — غير أن الفقيه الحنفى الجصاص يطلق العقد على معنى أعم مما سبق : فالعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد فعله على وجه إلزامه إياه — فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفى العقد قد ألزم نفسه البقاء عليه والوفاء به وسُمِّى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه إما الوفاء بالفعل أو الترك وكذا كل ما شرطه الإنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد .

وهذا المعنى فى الواقع يتسع كثيراً عن المعنى الاصطلاحى فهو يشمل الالتزام بإرادة منفردة وهو عقد ، غير أنه يدخل فى المعنى من الأمور مالا يدخله كاليمين وكذلك الطلاق فهذا التعريف أقرب إلى المعنى اللغوى منه إلى المعنى الاصطلاحى[1] . أما الالتزام فقد سبق أن ذكرنا أن الفقهاء المسلمين استعملوا كلمة الحق بمعنى يرادف الالتزام والواقع أن الحق الشخصى من ناحيته السالبة ليس إلا التزاماً ، وقد أطلق بعض الفقهاء لفظ الحق فى بعض أحوال التعاقد وأطلقوا لفظ الالتزام عند أحوال الارادة المنفردة[2] .

أما أركان العقد عند الفقهاء فإن ركن الشىء هو ما يكون جزءاً منه ، ولا يوجد الشىء إلا به وعلى ذلك فركن العقد هو صيغته المشتملة على الإيجاب

---

(١) ويرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة أن العقد بالمعنى الواسع يكون مرادفاً للتصرف الشرعى وهو ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً فى المستقبل (الملكية ونظرية العقد فقرة ١٠١ و ١٠٢) .

(٢) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ١٩٧ — الدكتور شفيق شحاته .

والقبول فهما يكونان صيغة العقد ، وغيرها خارج عنها فلايكون ركناً فى العقد « فالمراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعى مثلا إذا قيل زوجت وتزوجت وجد معنى شرعى هو النكاح يترتب عليه حكم شرعى هو ملك المتعة وكذلك إذا قيل بعت واشتريت وجد معنى شرعى هو البيع يترتب عليه حكم شرعى[١] ».

فالعقد بذلك هو ربط اعتبارى بين إرادتين ، على أن كثيرا من الفقهاء يتحدثون فى أركان العقد عن العاقد والمعقود عليه أو محل العقد وعلى صيغة العقد فكلها عندهم أركان للعقد — فالعقد ينعقد بالإيجاب والقبول وهما ركنه وشرطه أهلية العاقدين ومحله المال وحكمه ثبوت الملك[٢] . إلا أن بعض الفقهاء عد ماتقدم من أركان العقد فاعتبر المحل ركناً واعتبر العاقدين ركناً ثالثاً[٣] كما عد القرافى صاحب الفروق من أركان العقد العوضين والعاقدين[٤] إلا أن نظرة الحنفية فى أن ركن العقد ليس إلا صيغته هى النظرة التى تتفق مع اعتبار الشىء ركناً وهو أن يكون جزءاً لا يقوم الشىء إلا به وهنا لا نجد إلا الصيغة ركناً للعقد ففيها الربط الاعتبارى الذى هو معنى العقد وهذا الربط يظهر أثره فى المحل ولذلك لا يكون محل العقد ركناً لأنه يظهر فيه أثر الصيغة وهو خارج عنها وليس جزءاً منها ، وكذلك السبب لا يعد ركناً فى العقد وإن كان مفهوم السبب فى الفقه الإسلامى كما نوضح فيما بعد يعتبر جزءاً من العقد .

---

(١) الدرر شرح الغرر جـ ١ ص ٣٢٩ .

(٢) الحاشية على الدرر شرح الغرر كتاب البيوع ص ٣٠٨ ط المطبعة العثمانية .

(٣) ابن رشد القرطبى جـ ٢ ص ١٧٠ ط سنة ١٩٥٢ وفى الطبعة الأولى ص ١٣٩ — ١٤٠ من بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

(٤) الفروق جـ ٢ الفرق رقم ٧٠ .

والتعريف القانونى للعقد باعتباره اتفاقاً بين إرادتين يراد به إحداث أثر قانونى يميل إلى إظهار واقعة الاتفاق بين الارادتين وتلاقيهما وهى واقعة مادية — بينما يبرز التعريف الفقهى معنى الربط الاعتبارى فى تعريف العقد — والربط الاعتبارى عند الفقهاء أهم فى تعريف العقد من إبراز واقعة الاتفاق بين الارادتين .

المعاوضة ومعناها : فى العقود اللازمة :

والمعاوضة هى عملية مبادلة[1] تحتاج إلى أكثر من طرف واحد — وهى العنصر الأساسى فى العقود اللازمة فى الفقه الإسلامى (الملزمة للجانبين فى القانون) — ولابد من المعاوضة لقيام عقد ملزم للجانبين ولإنشاء التزامات فى جانب كل طرف من أطراف العقد ، ويجب أن تكون المعاوضة مقصودة من طرفى العقد فلو تصدق شخص على آخر وتصدق الآخر عليه فلا يعد ذلك عقد معاوضة . لأن العوضين لم يطلب أيهما أحد العاقدين أو كلاهما[2] فالمعاوضة عملية لا تقتصر على مجرد التبادل المادى بل العبرة فيها بقصد كل متعاقد أن يتلقى العوض المقابل ولذلك فان الهبة بشرط العوض ليست هبة خالصة وإنما هى هبة ابتداء وبيع انتهاء .

---

(١) والمعاوضة اصطلاحاً هى بيع العروض بالعروض — زاد المعاد لابن القيم ط اليمنية ط ص٩٢

(٢) التحرير المختار لرد المحتار لعبد القادر الرافعى الحنفى ط ١٣٢٧ هـ ج ٢ ص ١١١ شرح السندى مع رد المحتار « وكتب السندى على قوله « تخرج التبرع من الجانبين » . ما أوردناه فى المتن .

والمعاوضة عملية مادية[٢] إذ أن مضمون المعاوضة له الأهمية الكبرى في الفقه الإسلامي ذلك أنه قد نظم هذه العملية تنظيما دقيقاً واتجهت أحكام الفقه الإسلامي في العقود اللازمة إلى تنظيم المعاوضة وجعلها تتجه إلى تحقيق التوازن في مضمون العقد ، والالتزام لا ينشأ صحيحا ومستوفيا لشروط صحته كلها إلا إذا كانت المعاوضة خالية مما يعيبها ، فالرضا وحده لا يكفي لإنشاء التزام في الفقه الإسلامي في خصوص العقود اللازمة والخلاف في النظر في الفقه الإسلامي عنه في القانون يأتي من هذه الناحية ، ذلك أن عناصر العقد في القانون يظهر فيها الرضا ظهورا بينا ولا تظهر فيها الموازنة في مضمون العقد إلا في الصورة التي يتخلف فيها الالتزام المقابل تخلفا كاملا أو جزئياً أو في حالات من الغلط يكون فيها تخلف جانب جوهري من الالتزام المقابل ظاهراً ، أما الموازنة في الالتزامات فلا تظهر كأساس في القانون بينما هي أساس في الفقه الإسلامي كما سنوضح فيما بعد . وإذا كان فقهاء القانون عند بحث السبب يتجهون في البحث إلى حالات تدور عليها نظرية السبب — كما في حالات تخلف السبب تخلفا كلياً أو جزئياً ، فإن الفقه الإسلامي في المعاوضة يتجه في أحكامه إلى الموازنة أصلا بين الالتزامات الناشئة من المعاوضة فهو لا ينظر إلى حالات تخلف السبب (بمعنى الالتزام المقابل) كلياً أو جزئياً على أنها حالات تستحق البحث مستقلة عن المبدأ كله وهو ضمان المعاوضة التي يعتبرها الشارع .

ومن هنا فإن نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما نوضحها ، تتسع

---

(١) ولذلك لايجوز بيع الميتة والدم مثلا لانعدام المالية التي هي ركن البيع — البحر الرائق جـ٦ ص٧٦ والبيع لغة تمليك شيء بشيء سواء كان مالا أم لا — وشرعا مبادلة مال بمال — بدر المتقي في شرح الملتقى المجلد الثاني ص ٣،٢ الطباعة العامرة .

آفاقها عن نظرية السبب فى القانون ، إذ المعاوضة المعتبرة شرعا ، هى عنصر لازم فى العقود اللازمة يقوم بدور السبب فى العقد ، وإن كان الهدف من المعاوضة المعتبرة شرعا ، ومن السبب كعنصر فى العقد — متماثل — ذلك أن — هذا الهدف — بغض النظر عن كونه عنصراً فنياً فى العقد الملزم للجانبين يتجه إلى تحقيق التوازن فى مضمون العقد ، وتحقيق مصلحه الجماعة .

وإذا كان هناك من دليل على الاتجاه المادى فى الالتزام ، فهو فى تنظيم الفقه الإسلامى للمعاوضة وهى العنصر الأساسى فى العقد الملزم للجانبين ، فقد تناول الفقه الإسلامى المعاوضة بالبحث عن أمثل الطرق لجعلها مؤدية إلى التعادل فى الالتزامات ، وليست نظرية الربا إلا تطبيقا للمعاوضة المعتبرة شرعا ، فالربا فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال ، فتخلف العوض أساس التحريم فى الربا ، ولو لم يكن الربا محرما بذاته وبأحكامه فى الفقه الاسلامى لكان محرما لذات المعنى الذى يبنى عليه ، والذى هو من أكل أموال الناس بالباطل إذ لا شبهة فى أن تخلف أحد العوضين فى المعاوضة يهدمها ولا يجعلها قائمة فى نظر الشرع .

وكذلك الأمر فى عقود الغرر وهى عقود فاسدة فى الفقه الاسلامى إذ هى بطبيعتها تحتمل أن يتخلف فيها أحد العوضين مما يهدم المعاوضة وكل مايتخلف فيه أحد العوضين على سبيل القطع أو على سبيل الاحتمال لا يعتد به الشارع الاسلامى فى المعاوضة إذ لا يتحقق التعادل فى مضمونها مع وجود ذلك الاحتمال عند المعاوضة .

ويبدو الاهتمام ظاهراً فى الناحية المادية للالتزام فى الفقه الإسلامى فى أمرين آخرين سنعرض لهما تفصيلا فيما بعد ، ففضلا عن النظر إلى الربا

وإلى عقود الغرر باعتبارها لا تسلم معها المعاوضة من الخلل الذى يهدمها ، فقد نظر الفقه الإسلامى إلى طائفة من العقود رأى أن المعاوضة فيها لا تسلم من الخلل إما بسبب ظروف خارجة عن العقد كالبيوع المنهى عنها (تلقى الجلب — الاحتكار — بيع المضطر وشراؤه) ، وأمثال هذه العقود ، وإما بسبب ظروف داخلة فى العقد كالشروط التى يضعها العاقدان فيه فتعدل من المعاوضة لصالح أحدهما على حساب الآخر ، وقاعدة الشروط فى الفقه الإسلامى ، إذا استثنينا المذهب الحنبلى ، تتجه كلية نحو توجيه عملية المعاوضة إلى التعادل والتوازن فى مضمون العقد بحيث لا تكون مجرد عملية مبادلة مادية .

وفى كل ما تقدم يبدو اهتمام الفقه الإسلامى بالجانب المادى فى الالتزام — وليس فقط — كما يذكر غالبية الفقهاء فى كيفية إنشائه وتحويله ، فإذا صح أن إنشاء الالتزام يكون ممكنا دون أن يتحدد شخص الدائن ، وإذا صح أن ينتقل الدين بالحوالة ، فإن الالتزام نفسه حتى ينشأ صحيحاً ـ من العقد اللازم ـ وحتى يمكن انتقاله بعد صحته لابد أن يستوفى بالنسبة للالتزام الذى يقابله شروطا معينة ، وإلا لما قام الالتزام أصلا فى جانب الملتزم ، فالتوازن فى العقود اللازمة يجب أن يكون قائما ، والمعاوضة التى يعتورها الخلل لا ينشأ عنها التزام والخلل الذى يعتور المعاوضة يكون بتخلف أحد العوضين تخلفاً كاملا كحالة الربا ، وإما أن يكون تخلفاً جزئيا كما نرى فى نظرية الشروط . وقد يكون التخلف فى أحد العوضين واقعاً أو محتملا كما فى الغرر . فإذا كان الالتزام رابطة فى القانون وفى الفقه الاسلامى ، وكان اختلاف النظر فى صبغة هذه العلاقة شخصية أو مادية ، فإن الجانب المادى يصبغ هذه العلاقة فى الفقه الإسلامى ، فالنظر إلى الالتزام أو بالأحرى لموضوعه أو مضمونه ـ أمر بارز فى الفقه الاسلامى ـ ولسنا نقصد بالموضوع أو المضمون محل الالتزام ، فإن محل الالتزام تتضمنه عملية المبادلة

ولكن المعاوضة تتطلب لصحتها أكثر من المبادلة فهى تتطلب المبادلة التى يعتد بها الشارع وتكون مطلوبة من العاقد الذى يلتزم تجاه من يلتزم له ، والمبادلة تختلف عن المعاوضة فقد تتم المبادلة ولا تكون هناك معاوضة كما لو تصدق شخص على آخر وتصدق الآخر عليه فإننا لا نكون إزاء معاوضة ، وإن قامت المبادلة بينهما ، فالمعاوضة يجب أن تتجه إليها نية الطرفين ، كذلك قد تقوم المبادلة فى عقد ولا يعتد به الشارع كعقد معاوضة ، ومثال ذلك العقد الذى يتضمن شرطا زائداً لصالح أحد المتعاقدين ، ولم يرد به نص ولم يجر به عرف فهنا يقع الإخلال بالمعاوضة مع قيام المبادلة ، فالمعاوضة هى الصورة الشرعية للمبادلة ، وقد سبق أن ذكرنا أنه فى النظام الانجليزى يكفى أى تضحية أو مقابل أو مشقة لقيام الالتزام مستوفياً (الاعتبار) الذى يشترطه القانون ، وهنا تتم المبادلة ، ولا يشترط لها أى شرط إذ الشارع لا يفرض قيوداً على عملية المبادلة بحيث يحمى أحد العاقدين من الآخر إذ أن العاقدين فى التشريع الانجلو سكسونى يفترض القانون أنهما أقدر على حماية مصلحتهما والبحث عنها فى مجال الالتزام فما يقبله العاقد بدلا من الالتزام الذى يرتبط به فى مواجهة العاقد الآخر يكون اعتباراً فى القانون ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كانت عملية المبادلة هذه تتضمن حقيقة المعاوضة أم لا تتضمنها .

المعاوضة والمبادلة فى الفقه الإسلامى :

والمعاوضة التى يعتبرها الشارع توجد دائما داخل العقد فمتى كان هناك عقد لازم من عقود المعاملات المالية فهو يتضمن المعاوضة[١] وحين تستوفى المعاوضة

---

(١) وقد فرق البعض بين عقد البيع مثلا والرهن بأن الأول مبناه المساواة (إذ أن المعاوضة تقتضى ذلك) بخلاف الرهن بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٣٧ — الطبعة الأولى .

الشروط التى يتطلبها الشارع فيها فإنها تصبح سبباً للالتزام ، وقد يعترض هنا بأن المعاوضة يجب أن تكون مشروعة من حيث المحل الذى ترد عليه والغاية التى تستهدفها ، فاما المحل فإنه إذا كان محرما من الشارع الانتفاع به اختلت المعاوضة بسبب فوات أحد العوضين لعدم ماليته إذ المعاوضة عملية مزدوجة بطبيعتها ، فإذا تخلف أحد جانبيها لم يكن هناك محل لقيام المعاوضة التى تعتبر من الشارع ، وأما الغاية من المعاوضة فهى إذا تضمنتها المعاوضة بحيث تصبح مطلوبة من أحد العاقدين فى مواجهة الآخر كانت داخل العقد وأخلت بشرعية الغاية منه وإلا فإنها إذا اقتصرت على البقاء فى مجال نية الطرفين أو أحدهما فحسب فهى لا شأن لها بالمعاوضة التى داخل العقد .

والمعاوضة فى ذاتها من شأنها أن تفيد كلا من طرفى العقد فلا تعد معاوضة عملية المبادلة المجردة والتى لا فائدة فيها لأحد الطرفين فإذا تعاقد زوج مع زوجته على أن يعطيها أجراً نظير خدمتها له فى بيت الزوجية لم يكن ذلك معاوضة لأن فيها خللا جعل أحد الطرفين يغنم دون مغرم وفى المعاوضة يكون الغنم بالغرم ذلك أن خدمة الزوجة لزوجها فى شؤون الزوجية أمر يوجبه عليها الشارع دون حاجة إلى التعاقد[1] ، وكذلك إذا كانت المعاوضة فى الصلح لا تفيد أحد الطرفين بأن اصطلحا على بقاء ما هو كائن نظير بدل فيدفع شخص بدلا نظير بقاء ما يستحق له شرعا[2] ولا يكون بذلك قد نال غنما نظير ما تحمله من غرم إذ المعاوضة كما ذكرنا عملية مزدوجة والخلل فيها لصالح أحد طرفيها

---

(١) البدائع جـ ١ ص ١٩١ — ١٩٢ — والفرض أن ذلك يلزم الزوجة شرعا — وكذلك فى حالة إرضاع الزوجة للطفل لأنه مستحق عليها ديانة — الهداية جـ ٢ ص ٣٨

(١) الفوائد البهية فى القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ١٤٨ .

على حساب الآخر لا تسمح به الشريعة الإسلامية ، ذلك أن المعاوضة هى عملية مبادلة شرعا وتسليم البدلين واجب على العاقدين لأن العقد أوجب الملك فى البدلين وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل[١] ويقول صاحب البدائع أن البيع يوجب تسليم المبيع والثمن بلا فصل لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم[٢] ، غير أنه لا يشترط أن تؤدى المعاوضة إذا تمت بصورتها الشرعية إلى فائدة مادية فعلا لأحد الطرفين فيجوز أن تخلو من تلك الفائدة فإذا آجر شخص دابة مثلا لعمل ثم تسلمها ولم يقم بذلك العمل لزمه الأجر ، وكذلك من استأجر دابة أو أى وسيلة نقل لمدة ثم لم ينقل شيئاً عليها فهو ملزم بالأجر الذى اتفق عليه[٣] وذلك لأن الطرف الآخر أدى ما عليه من التزام بتسليم الدابة أو ما اتفقا على استئجاره وهنا تمت المعاوضة الشرعية ولا عبرة بعد ذلك بأن أحد الطرفين قد أفادته المعاوضة والآخر لم تفده شيئاً من الناحية الواقعية ، وقد لا يتماثل العوضان عند المعاوضة ، ففى السلم ويشترط فيه قبض رأس المال كله معاوضة أوجبت عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة وهنا لا يتماثل العوضان[٤] ، فأحدهما مال والآخر عبارة عن انشغال ذمة الطرف الآخر فقط ، ولذلك لا يصح السلم إلا فيما يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره[٥] وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأئمة قال ابن عباس « اشهد أن الله أحل السلم المؤجل » وتلا قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٤٣ — ولا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد فإنه يؤدى لأكل أموال الناس بالباطل — ويراجع تهذيب الفروق جـ ٣ ص ٢ — الطبعة الأولى .

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٦٦ .

(٣) المدونة جـ ٣ ص ٤٢٨ .

(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٥١٤ .

(٥) مجمع الأنهر — المجلد الثانى ص ٩٨ — ويلاحظ أن السلم فى ذاته استثناء بالنص

بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس يأبى جوازه لأن المسلم فيه معدوم والترخيص فيه إباحة له مع قيام الدليل المحرم لعذر تيسيراً على العباد[١] إذ لا تصح المعاوضة إذا كان أحد العوضين معدوما فهنا لا تكون المعاوضة سليمة شرعا ، ولذلك جاء الترخيص فى السلم وهو معاوضة أحد العوضين فيها يصح فيه وصف العدم وقد نهى عن بيع المعدوم والعذر فى إباحته هو العجز عن تسليم المسلم فيه عند المعاوضة[٢] .

والأصل أنه عند عملية المعاوضة ينبغى أن يملك كل من المتعاوضين البدل الذى يستحقه وفى عقد الايجار فإن المنفعة لا يملك المستأجر ما يستحق له منها له بمقتضى العقد ، ولذلك فإن المنفعة المعدومة تجعل موجودة حكما[٣] . فعقد الايجار لايخلو أن يكون عقد معاوضة يقتضى المساواة بين المؤجر والمستأجر بتقابل البدلين فى الملك والتسليم — كذلك فإن الأجير الخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة المتفق عليها لأن منافعه صارت للمؤجر والأجرة تقابل المنفعة فى العقد[٤] .

وفكرة المبادلة فى العقود الملزمة للجانبين واضحة تماماً فى جميع الشرائع ذلك أنها فكرة منطقية فلا معنى لالزام طرفى العقد به ما دام لا يستحق كل منهما قبل الآخر التزاماً ما ، ولكن تختلف الشرائع فيما بينها فى الحدود التى ترسمها لتلك المبادلة ، وكما ذكرنا فإنه فى القانون الانجليزى مثلا لا يعبأ المشرع

---

(١) فتح المعين ج ٢ ص ٦١٦ .   (٢) المرجع السابق .

(٣) وهذا عند الشافعى رحمه الله — فتح المعين ج ١ ص ٢٣٣ .

(٤) مجمع الضمانات ص ٢٨ .

بتحقيق التوازن فى مضمون العقد اعتباراً بأن طرفى العلاقة القانونية يستطيع كل منهما أن يعرف الطريق إلى مصلحته[١] . كما أن بعض القوانين قد تحمى المتعاقد فى أحوال استثنائية تجعل التعادل فى الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين غير ميسور بسبب ظروف أحد المتعاقدين عند العقد كما فى عقود الإذعان مثلا (م ١٤٩ مدنى مصرى) ، أو بسبب الظروف التى تطرأ على العقد بعد انعقاده كما هو الشأن فى نظرية الظروف الطارئة . (م١٤٧/٢ مدنى مصرى).

غير أن الشريعة الإسلامية تختلف عن مسلك الشرائع الأخرى فى أنها تجعل هذا التوازن والتعادل فى مضمون العقد قاعدة عامة فى العقود اللازمة جميعاً[٢] (ذات القيمة المالية) ـ وتضع من الأحكام مايحقق هذه القاعدة .

---

(١) فالاعتبار فى القانون الانجليزى يكفى أن يكون حقيقياً والقانون العام يعامل الرجل العادى باعتباره تاجراً (فيليب جيمس ص ٢٥٣ ط ١٩٦٦) .

(٢) وعملية المعاوضة أو المبادلة التى نبحثها فى الفقه الإسلامى كسبب للالتزام تختلف عن الأساس الشرعى له والذى يأتى من خارج الالتزام نفسه — فهو وجوب الوفاء بالعقد تحقيقاً لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... » والمعاوضة بمعنى المبادلة معروفة فى جميع الشرائع لأنها ظاهرة طبيعية والعقد ليس إلا وسيلة تحقق تبادل الأموال والخدمات — ولكن المبادلة لم تكن متماثلة فى جميع العصور فهى تختلف فى المجتمعات الصناعية عنها فى المجتمعات الزراعية وهى تختلف فى الحاضر عما كانت عليه فى الماضى .

والتوازن فى المعاوضة أو المبادلة لم تنشأ فكرته إلا فى الزمن الحديث ففى القانون الرومانى كانت المبادلة تتم بواسطة صيغ معدة من قبل إذ كانت الشكلية هى الغالبة فى مجال العقود ولم يكن مبدأ الرضائية ولم يكن التصرف الخالى من الشكل يترتب عليه دعوى ولم يكن العقد نفسه كمبدأ عام أو نظرية عامة معروفا فى القانون الرومانى لأن ذلك يحتاج إلى التجريد — وإنما كان معروفا كنظام قانونى مقرر فحسب .

وقد كان لتطور المبادلة فى المجتمعات المتقدمة أثره فى ظهور أنواع جديدة من الصياغة لعملية المبادلة فوجود الاقوياء والضعفاء وانعدام المساواة بينهما مهد لظهور عقد الإذعان كما مهد لظهور العمليات التعاونية — والرجعية الاجتماعية مهدت لظهور العمليات التعاونية كما مهدت لظهور العمليات الموجهة أو المعدلة بمعرفة القاضى أو المخططة بواسطة الدولة كما فى النظام السوفيتى .

وتتكفل بهذه القاعدة العامة أحكام الربا والغرر والعقود المنهى عنها وما يجوز للعاقدين اشتراطه فى العقد الملزم لهما ، وليس معنى المعاوضة المعتبرة شرعا هو معنى المعادلة التى يقول بها البعض كسبب الالتزام فى الفقه الإسلامى ، ذلك أن المعادلة لو كانت هى السبب لكان تخلف المعادلة مبطلا للالتزام وهذا ما لا نقول به لأن الشارع رسم للمبادلة فى العقد الملزم للجانبين صورة المعاوضة المعتبرة من الشارع ، وهذه الصورة تؤدى — كما يفترض الشارع — إلى تحقيق التعادل بين الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد ، فالمعادلة هى النتيجة المفترضة للمعاوضة التى يعتد بها الشارع .

والمعاوضة تعتبر عملية واحدة — قد يدخل فيها المحل المتعدد أو الموضوع

ويقول الدكتور نعمان خليل فى رسالته المقدمة لجامعة باريس « نظرية مصادر الالتزام » سنة ١٩٦٦ أن عقد الإذعان يخرج من نطاق العقد لأن الأمر الحاسم فيه ليس اتفاق الإرادات — ولكن الإرادة المنفردة التى لعبت دورها فى اتمام العقد بشروطه وآثاره .

كما أن العمليات التعاونية رأى البعض أنها تخرج عن نطاق العقد وقد تندرج تحت الوكالة أو الاشتراط لمصلحة الغير أو الفضالة أو الشخص المعنوى وبالنسبة لصفتها القانونية اعتبرها البعض مسألة قانون خاص أو تشريع خاص .

أما العملية المعدلة بواسطة القاضى فإنها لا تخرج عن نطاق العقد لأن العقد يبقى — حتى بعد تعديله بواسطة القاضى — أساسا للتعديل فهو لم يختف بذلك التعديل — فلكى تعدل شيئا « يجب أن يكون الشىء المعدل موجوداً وهو العقد » .

يراجع رسالة الدكتور نعمان خليل سالفة الذكر الفقرات ٤٨، ٥٥، ٥٦ ، ٥٧ (نسخة على الآلة الكاتبة بالفرنسية) .

ونرى مما تقدم أن الخلل فى المعاوضة أو المبادلة يكاد يعصف بطبيعة العملية القانونية فيجردها من صفة العقد فقد رأينا الخلاف فى اعتبار عقد الإذعان عقداً أو العقد الذى تبرمه النقابة نيابة عن أعضائها أو العقد الذى يخضع لتعديل القاضى ، فكل هذه العقود تكون فيها المبادلة هى محل النظر والأمر ليس مجرد افتراض تساوى الإرادات عند العقد بل هو تساويها فعلا لأن تساوى الإرادات الفعلى هو الذى يجعل المعاوضة أو المبادلة عادلة . وقد سوى الفقه الإسلامى بين الإرادات عند التعاقد ولكنه من ناحية أخرى وضع إطاراً تتم فيه عملية المبادلة فى العقد الملزم للجانبين .

المتعدد إذا كان العقد يتضمن التزامات متعددة على عاتق كل طرف من أطراف التصرف القانونى .

فالمعاوضة يدخل فيها محل العقد المادى أو المعنوى — والتعدد والمنفرد بحسب ما ينشئه التصرف القانونى اللازم من التزامات — وتتقابل هذه العناصر فتكون المعاوضة التى تستهدف التوازن أو التعادل فى مضمون العقد بالنسبة لطرفيه المتقابلين . فالمعاوضة ، كما سبق أن ذكرنا ؛ عملية مادية وذات طبيعة مزدوجة ، ويرجع ذلك أساساً إلى أن الفقه الإسلامى —على خلاف القانون— ينظر إلى العقد ثم إلى الالتزام الناشىء عنه[١] .

والمعاوضة كعنصر من عناصر العقد اللازم لا بد منها لقيام العقد . فالعقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار والمقايضة والسلَم والمزارعة والمساقاة كلها يجب أن تقوم فيها المعاوضة ، ذلك أنه ما دام هناك التزامات تترتب على عاتق كل من العاقدين فلا بد من الموازنة بينها ، وعملية المعاوضة هى أداة هذا التوازن ووسيلته .

فبيع العروض بالعروض يسمى فى اصطلاح الفقهاء معاوضة[٢] . والبيع لغة : تمليك شىء بشىء ، سواء كان مالا أم لا ، وشرعاً : هو مبادلة مال بمال وبعض الفقهاء رأى ألا يقيد المبادلة بكونها بالتراضى حتى يشمل بيع المكره[٣]

---

(١) فبينما يسير الفقه اللاتينى مثلا على طريقة تحليلية جعلته ينظر إلى الالتزام كوحدة عند البحث فى السبب الذى يقوم عليه — نجد الفقه الإسلامى ينظر إلى العقد أولا ثم الالتزام — راجع وحيد سوار فى رسالته التعبير عن الإرادة إذ يذهب إلى ذلك أيضاً .

(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم الجوزى ص ١٩٢ جـ ١ (المطبعة التجارية) .

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر — المجلد الثانى ص ٣٢٢ — دار الطباعة العامرة ، فتح القدير جـ ٦ ص ٥٧٣ تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢ — وتصوير البيع على أنه مبادلة مال بمال يختلف عن تصوير القانون الرومانى له ذلك أنه لا يشترط أن يكون مقابل المبيع مبلغا من النقود فى الفقه الإسلامى — عبد المنعم البدراوى — عقد البيع ص ٣٩ ط ١٩٥٨ .

فالمبادلة ، كما سبق أن ذكرنا ، وإن كانت تتفق مع المعاوضة فى أنها عملية مادية داخل العقد إلا أنها تختلف عنها فى أن المعاوضة لها شروط تجعلها الصورة الشرعية التى يعتبرها الشارع فى العقد اللازم .

فالبيع مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وذلك يكون بالقول أو بالفعل[١] والمساواة فى المعاوضات مطلوب المتعاوضين عادة[٢] ، فالمبادلة تتضمن استحقاقاً لكل من طرفى العقد على الآخر « فلا يجوز الإجارة على النوح والملاهى ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، والمبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل منهما على الآخر » .

وهذه المبادلة يجعلها بعض الفقهاء أصلا تندرج تحته كل معاملة ؛ يقول الإمام الشافعى : أصل البيع بيعان لا ثالث لهما ، بيع صفة مضمونة على بائعها ما دامت على الصفة ، وبيع عين مضمونة على بائعها[٣] . والبيع إما أن يكون بيع دين بعين وهو السّلم ، أو بيع عين بعين وهى المقايضة ، أو بيع عين بدين وهو البيع المطلق[٤] .

وتكاد فكرة المعاوضة أن تظهر ويكون لها اعتبار حتى فى حالة ما إذا كان أحد العوضين غير مشروع بلا خلاف فى ذلك — لأن حقيقة العقد اللازم عند الفقهاء هى المبادلة فهو مبادلة المال بالمال ، ولذلك فإن بيع الخنزير

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٣٣ — الطبعة الأولى — فتح القدير جـ ٥ ص ٧٣ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢ .

(٢) البدائع جـ ١٥ ص ٢٣٧ .

(٣) الأم للشافعى جـ ٣ ص ٣

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ١٨٤ — ١٨٥ الطبعة الأولى .

والخمر فاسد كما صرح فى الهداية لوجود حقيقة البيع وهى مبادلة المال بالمال[1] ، فبادلة المال بالمال هى محل النظر عند البحث فى سبب التزام أحد المتعاقدين وما لم تتحقق هذه المبادلة لا يكون العقد صحيحاً ولا يكون هناك إلزام على أحد طرفى العقد بالوفاء بما التزم به ، إلا أن المبادلة ليست هى مطلق المبادلة بل المبادلة التى تعد معاوضة يعتبرها الشارع ، وإذا كان فى المعاوضة جانب لا يرد عليه البيع مثلا كبيع الحر لم يكن فى ذلك مبادلة مال بمال[2] ، كما تفسد الشركة لانعقادها على المباح[3] ، وذلك لنفس السبب إذ لا يكون المباح عوضا عن مال أو محل مادام طرفا العقد يتساويان بالنسبة إليه ، والبيع كما نقل ابن عبد السلام فى تعريفه هو دفع عوض فى معوض[4] ، وهذا التعريف يدخل فيه الصحيح والفاسد والمقصود من البيع هو أخذ ما فى يد غيرك بعوض ترضاه[5] ، ويقول الكاسانى الحنفى فى البدائع : إذا استوفى (المستأجر) المعقود عليه فلأنه تملك العوض بتملك المؤجر العوض فى مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة[6] ويقول أن للمعاوضات مبناها على المساواة وجاء فى العناية : المعاوضة تقتضى المساواة[7] ، وإذا كانت المعاوضة أساساً للالتزام فيجب أن تتم عند العقد اللازم خالية من

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠٢ — وقد اعتبر الدكتور سلام مدكور أن الزواج والخلع يدخل فى عقود المعاوضة ص ٥٩٥ — ٥٩٦ فى المدخل — ثم أورد أن المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم انتقد جعل الزواج من عقود المعاوضات إذ أنه ليس مبادلة مال بمال — وهو ما التزمناه إذ أخرجنا من العقود اللازمة التى تناولنا السبب فيها — ما ليس فيه مبادلة المال بالمال — كالزواج — ويظهر مما أورده أستاذنا — فى المدخل ص ٥٩٦ أنه يؤيد نقد المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم .

(٢) الهداية — شرح بداية المبتدى جـ ٣ ص ٣٢ ط ١٩٣٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٩ .

(٤) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٢٢ — مطبعة السعادة .

(٥) المرجع السابق ص ٣٢٨ .

(٦) البدائع جـ ٤ ص ٢٠٣ .

(٧) العناية جـ ٧ ص ١٤٧ .

العيوب التى تخل بها[١] وعندئذ تكون أساساً لالتزام كل متعاقد قبل الآخر وسبباً له ، ويجب أن تستمر المعاوضة حتى تنفيذ العقدفإذا غصبت العين المؤجرة مثلا سقط الأجر لأن تسليم العين إنما أقيم مقام تسليم المنفعة وذكر فى الهداية أن العقد ينفسخ[٢] وقال الشافعى تملك المنفعة لأنه عقد معاوضة ، ولأن الإيجار عقد معاوضة أساسه المبادلة كما سبق أن ذكرنا ، فإن الملك فى البدلين يثبت بنفس العقد ، وذلك بناء على أصل الشافعى فى أن المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكما ، ولنا أن هـذا عقد معاوضة يقتضى المساواة بينهما بتقابل البدلين فى الملك والتسليم[٣] .

ولا يجوز لطرف فى العقد الملزم للجانبين أن يتماطى ماله بمقتضى العقد إذا اختلت المعاوضة بعد انعقاد العقد فعن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق » ، وفى رواية له أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح[٤] ، وسوف نتناول حكم اختلال المعاوضة التى يعتبرها الشارع عند العقد وأثناء العقد تفصيلا فيما بعد .

وإذا كانت المعاوضة لم يبحثها الفقهاء بحثا مستقلا عن العقود التى تتضمنها وهى العقود التى تلزم الجانبين ، فإن بحثها ظاهر فى تلك العقود باعتبارها عنصراً

(١) وفى زاد المعاد قال عياض فى تنبيهاته الفساد فى البيع يرجع إلى الربا والغرر وأكل أموال الناس بالباطل جـ ١ ص ٢٧٤ الحاشية .

(٢) فتح المعين على شرح الكنز جـ ٣ ص ٢٣٣ مطبعة جمعية المعارف .

(٣) المرجع السابق ص ٨٢ .

(٤) بلوغ المرام من أدلة الأحكام للعسقلانى ط سنة ١٩٥٤ تحقيق وتعليق رضوان محمد رضوان .

مستقلا عن الرضا وعن محل العقد كما سبق أن ذكرنا ، وقد رأينا أن المعاوضة في ذاتها وبالشروط التي وضعها لها الشارع هي أساس التزام العاقد وسببه قبل العاقد الآخر ، ولذلك فإن العقود التي تتضمن المعاوضة تسمى عقود المعاوضات أو عقود المبادلات وهي ما حدثت فيه المعاوضة والمبادلة بين العاقدين على ما ملكه كل منهما للآخر سواء كانت مبادلة مال بمال وهي تشمل البيع والصرف والسلم والصلح ، وكذلك ما يكون مبادلة مال بمنفعة كالإجارة والمزارعة والمساقاة ، ولكن لا يكون منها ما فيه مبادلة المال بغير المال كالزواج والخلع ، فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة في المال بين طرفيه فهو عقد معاوضة[1] ، فالعقد إذا سمي عقد معاوضة فذلك للاعتبار الذي يوليه الفقه الإسلامي لعملية المعاوضة نفسها فيندرج تحت هذا الاسم كل عقد فيه معنى المعاوضة والمبادلة لأن عملية المعاوضة نفسها هي أساس الالتزام وسببه فالمعاوضة لا تكون إلا في العقود الملزمة للجانبين وهي سبب لالتزام كل من طرفي العقد قبل الطرف الآخر وهي تقوم إذا تحققت شروط الشارع فيها بما يقوم به سبب الالتزام في القانون ، والمعاوضة بذاتها لا تقتضي مساواة أو معادلة بين المتعاقدين ، فمطلق المعاوضة لا يستوجب التوازن في مضمون العقد بين طرفيه ،

---

(١) سلام مدكور — الفقه الإسلامي ص ٥٠٢ — ٥٠٣ . ويذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري إلى أن ثمن المعاوضة في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون فلا يشترط أن يكون المقابل الذي يأخذه المتعاقد له صفة مالية كالخلع مثلا . ولا يشترط أن يأخذ المتعاقد الآخر المقابل ممن تعاقد معه كالكفالة فهي معاوضة بالنسبة للدائن المكفول وليس للكفيل إذ المدين ليس طرفا في عقد الكفالة (الوجيز للسنهوري ج ١ ص ٤ ط سنة ٦١) . ونحن قد حددنا البحث بالعقود المالية فيخرج من ذلك بعض العقود التي يكون فيها البدل غير مقوم من الناحية المالية وإن كان مشروعا — وقد صرح بعد الفقهاء بذلك إذ أخرج عقد الزواج من بين عقود المعاوضات (لأنه ليس مقابلة مال بمال) — واعتبر القرض داخلا في المعاوضة ولكن لا يدخل في المقابلة (حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ج ٢ ص ٣) .

ولذلك لم يكن مطلق المعاوضة كافياً كأساس للالتزام — بل للمعاوضة المعتبرة في نظر الشارع والتي تؤدي ـ متى استوفت شروطها إلى تحقيق المساواة أو المعادلة يقول صاحب تحفة الفقهاء علاء الدين السمرقندي : ركن البيع هو الإيجاب من البائع والقبول من المشتري وحكم البيع ثبوت الملك في المبيع للمشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع « إذا كان البيع باتا » ، وإذا باع عينا بعين فإنه يجب عليهما التسليم معاً تحقيقاً للمساواة في المعاوضة المقتضية للمساواة عادة .[1]

على أنه إذا كان يشترط في المعاوضة لاعتبارها من جانب الشارع أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد بين طرفيه ، فإن الشارع لم يترك المتعاقدين دون تنظيم للمعاوضة بحيث تؤدي إلى ذلك الغرض الذي يستهدفه الشارع ، وإذا نظرنا إلى الأسباب الموجبة لبطلان العقد أو فساده في العقود التي تشتمل على المعاوضة ويترتب عليها حقوق والتزامات على أطرافها وجدنا أن هذه الأسباب ترجع إلى اختلال المعاوضة فيها بحيث تصبح مبادلة لا يعتد بها الشارع ، فليست كل مبادلة في العقود المالية يرضى بها الطرفان تعد عقداً صحيحا من عقود المعاوضات في الشريعة الإسلامية ، إذ يجب أن تكون المبادلة في العقد على الصورة التي يعتبرها الشارع في المعاوضة .

فالمعاوضة التي تتم بين طرفين في عقد لازم كالبيع والإيجار والمزارعة والمساقاة ونحوها لم يتركها الشارع الإسلامي رهنا بإرادة طرفي العقد من حيث نتيجتها — ذلك أن المعاوضة بوصفها عملية مادية يجب أن تتجه إلى التوازن في مضمون العقد بالنسبة لكل من طرفيه ، وهذه الغاية التي تنفياها الشارع

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي جـ ٢ ص ٥٠ — ٥٩ — الطبعة الأولى — دمشق .

الإسلامى تعد أساسية بالنسبة لفقه المعاملات فى الشريعة الإسلامية ، فالرضا وحده وهو قوام العقد لا يكفى لتعليل قبول كل من الطرفين لالتزاماته أو لبيان أساس الالتزام وسببه فى العقود الملزمة للجانبين ، وإنما يجب أن تكون المعاوضة على الصورة التى يعتبرها الشارع فى العقد .

ونحن نجعل العقد أساساً عند البحث فى مشكلة السبب فعندما نريد البحث عن سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى ، فإننا يجب أن نبدأ — كما سبق أن ذكرنا — بالعقد فهو وحدة البحث بخلاف ما يلجأ إليه فقه القانون ولاسيما فى الفقه اللاتينى ، إذ جرى على تحليل العقد والنظر إليه باعتباره سلسلة من الالتزامات ، ثم يبدأ البحث عن الأساس الذى يبنى عليه كل التزام منها ، والحقيقة أن تلك النظرة إلى العقد قبل الالتزام — عند بحث عناصر العقد ، وعند بحث أساس الالتزام الناشىء عنه وسببه — أسلم وأشد أصالة من تجزئة التصرف القانونى إلى سلسلة متقابلة من الالتزامات لأن النظر إلى العقد كأساس ووحدة للبحث يتيح لنا أن نرى ما بداخله من أجزاء جملة وما ينتج عنه من آثار ثم نرى بعد ذلك أساس هذه الآثار وهى الالتزامات التى تنشأ من العقد ، ومن ناحية أخرى فإنه حتى فى النظرية التقليدية فى السبب ، والتى قامت على اعتبار أن كل التزام يلقى سببه فى الالتزام المقابل ، فإننا نجد ربطا وثيقا بين الالتزامات . وهذا الارتباط لا يمكن أن يفهم إلا داخل العقد ، كذلك فإنه حتى فى نظرية القضاء فى السبب والتى تتجه إلى أن السبب هو الباعث الدافع للتصرف فإن هذا الباعث الدافع بطبيعته يرتبط بالعقد — كوحدة — أكثر مما يرتبط بالالتزام .

والنظر إلى السبب فى العقد فى الفقه الإسلامى يتفق مع تناول الفقه الإسلامى

لهذه المسألة فى مختلف العقود ، والنظر إلى العقد بوصف أنه العملية القانونية التى يتوفر فيها السبب المراد بحثه هو ما نتبعه ، ويبين لنا بعد ذلك أن السبب الذى توصلنا إلى وجوب قيامه فى العقود اللازمة وهو المعاوضة المعتبرة شرعا هو سبب الالتزام الذى يترتب على العقد ، ويكون الفارق بين نظرتنا إلى السبب فى الفقه الإسلامى ونظرة الفقه اللاتينى بالذات إليه هو ما يتعلق بطريقة البحث عن المسألة التى يراد اكتشافها وتبين طبيعتها ، ويبدأ البحث فيها عن السبب من العقد لا من الالتزام .

اللزوم فى العقد وأثره :

وإذا كان القانون الوضعى يضع فى تقسيمات العقود ـ العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ـ وكذلك عقود المعاوضة وعقود التبرع ، ويختلف بحث السبب فى كل منها عن الآخر للفارق بين طبيعة عقد المعاوضة وطبيعة عقد التبرع مثلا فإن عملية المبادلة التى يهتم بها الفقه الإسلامى لا تقع إلا فى عقد لازم حتى يكون النظر فى تحقيق التكافؤ فى التزامات العاقدين الناتجة من العقد ، ومعنى اللزوم هو عدم إمكان العاقد الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة[(١)] وتعبير العقد الملزم مرادف لتعبير العقد اللازم فلا يستطيع العاقد فسخه إلا بالتراضى ، ولا يمكنه أن يستقل بهذا الفسخ من جانبه إذا لم يقبل الطرف الآخر ، وإذا تراضى الطرفان على فسخ العقد والتحلل من أحكامه وهى تقع على كل واحد منهما كان ذلك إقالة[(٢)] .

---

(١) رد المحتار جـ ٤ ص ٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٧٥ — شرح التوضيح على التنقيح، جـ ٢ ص ١٢٣ .

(٢) وهى الإقالة التى يرتفع بها كل بيع لازم — البدائع جـ ٥ ص ٣٠٥ .

والإلزام ينشأ عن العقد ، فالعقد الملزم للجانبين ينشىء في جانب كل من الطرفين التزامات معينة وهى التزامات متقابلة [1] وهى من آثار العقد حسب موضوع كل عقد من العقود الملزمة للجانبين ، وهذه الآثار التي تتوقف على شروط العاقدين يجب أن تكون ضمن الحدود الجائزة شرعا — وهى بخلاف الآثار العامة للعقد والتى رتبها الشارع عليه ويقتضيها العقد نفسه .

واكتساب العقد صفة اللزوم معناه أن أحد العاقدين لايستطيع الاستقلال بفسخه أو الرجوع فيه ، ذلك أن فسخه بمعرفة أحدهما فحسب يترتب عليه تغيير للوضع الذى قرره العقد بينهما ، ولا يجوز ذلك التغيير إلا بالتراضى من جديد على الرجوع فى العقد أو الإقالة منه ، والمذاهب الإسلامية جميعاً على الأصل الذى ذكرناه فتى اكتسب العقد صفة اللزوم لم يكن حقاً لأى من طرفيه فسخه أو الرجوع فيه دون رضى الطرف الآخر ، ولا يعلم فى ذلك خلاف وهو ما يتمشى مع فائدة العقد إذ لو كان العقد بعد تمامه متوقفاً على إرادة أحد عاقديه فحسب ، لم يكن لصفة اللزوم معنى ولما كان للعقد اللازم فائدة .

غير أن المذاهب تختلف مع ذلك فى الوقت الذى يكتسب العقد فيه صفة اللزوم أى الوقت الذى لا يجوز بعده لأى من طرفيه أن يستقل بفسخه ، وقد رأى المذهبان الشافعى والحنبلى أن العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإيجار والصلح على مال عن مال لا تكتسب صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما ، وقبل ذلك يكون لكل منهما أن يرجع عن العقد ويستقل بذلك الرجوع فينتهى العقد وحكمة ذلك عند أصحاب

---

(١) فالبيع مثلا مقابلة شىء بشىء أى على وجه العوضية — فهو عقد ذو مقابلة بخلاف الهبة والقرض فلا مقابلة فيهما — حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣ .

هذا الرأى أن يتاح الوقت للعاقد للتروى والتبصر فى أحكام العقد وأثره[1] ومستند هذا الرأى الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » ـ أما الحنفية والمالكية فيذهبون إلى أن العقد اللازم متى انعقد فلا يحق لأى من العاقدين الرجوع فيه إلا بموافقة الطرف الآخر فى العقد ويؤول أصحاب هذا النظر حديث الخيار بأنه يكون فى فترة إجراء العقد أى مابين الإيجاب والقبول ويكون التفرق هنا تفرق الأقوال إما برفض الإيجاب صراحة أو بقبوله فينعقد العقد ويكون لازما وملزما لكل من الطرفين[2].

ونحن نعرض للعقود التى اكتسبت صفة اللزوم فلا تقوم شبهة فى التزام عاقديها بها أيا كان الوقت الذى اكتسبت فيه هذه الصفة — ونعرض لها فى تفسير المعاوضة فيها باعتبارها عنصرا من عناصرها يقوم بدور السبب ـ إذا استوفت المعاوضة ماشرطه الشارع لها فى هذه العقود ـ ولا عبرة بكون العقود اللازمة أيضاً قد ترد عليها بعض الخيارات الأخرى، فنحن نبحث عن المعاوضة فى عقد لا خيار فيه أو استقر فيه حكم الخيار فأصبح ملزما لطرفيه بمعنى أننا لا نرتبط عند نظر اللزوم فى العقد ـ والمعاوضة المعتبرة شرعا هى أساس الإلزام وسبب الالتزام لكل من عاقديه ـ بأن العقد قد يكون بعد انعقاده متوقفا على خيار معين من من الخيارات العقدية ذلك أن ثبوت الخيار لأحد العاقدين فى فسخ العقد معناه

---

(١) خيار التروى مالا يتوقف على فوات وصف وله سببان أحدهما المجلس فيكون خيار المجلس فى كل معاوضة محضة من بيع وسلم وصرف وإجارة ـ وراجع فى شأن خيار المجلس ـ المدخل للفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٥١٩ ـ ٥٢٣ .

ولا يثبت فيا لا يسمى بيعا وينقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتمام الرضا ومبارحة المجلس بالبدن (الوجيز فى فقه الشافعى للغزالى ج ١ ص ١٤٤ مطبعة الآداب والدين سنة ١٣١٧هـ).

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فقرة ١٠٧ .

سلب صفة اللزوم من العقد اللازم بحسب الأصل فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو إمضاؤه مالم يسقط الخيار شرعا أو يمتنع على صاحبه أن يعمله .

والخيارات العقدية متعددة وقد بالغ فيها بعض الفقهاء فوصل بعضهم بها إلى أكثر من عشرين خيارا ـ فنها فضلا عن خيار الشرط والرؤية والعيب وهى الخيارات التى لا نجادل فى ظهور أهميتها العملية ـ خيار الوصف والنقد والتعيين وغيرها وقد أوردت المجلة سبعة خيارات هى خيار الشرط والوصف والنقد والتعيين والرؤية والعيب والغبن بالتغرير[1] ـ وهناك بعض الخيارات التى يتناول الفقهاء حكمها كخيار الكمية وخيار كشف الحال[2] .

كذلك فإننا حين نطبق المعاوضة المعتبرة شرعا لا نغفل أن بعض العقود اللازمة أصلا كالإيجار يجوز فسخه للعذر وإنما تكون المعاوضة سبب الإلتزام بالنسبة للعاقد فى عقد الإيجار قبل العذر وعند العقد ـ والعذر يرد أثناء العقد اللازم للمستأجر وبغير العذر الذى يبيح الفسخ من حكم العقد ـ ومثل ذلك ماهو معروف فى القانون بنظرية الظروف الطارئة وهى ترد أيضا على العقود الملزمة للجانبين ولا يقال مع وجودها أن العقد غير ملزم لطرفيه بعد انعقاده ـ والمزارعة وهى شركة على استثمار الأرض بالزرع يقدم فيها أحد الطرفين الأرض والآخر العمل[3] يجوز فيها للطرف الذى يجب عليه بمقتضى العقد تقديم البذر أن يرجع عن المزارعة وحكمة ذلك ألا يلزم بإلقاء البذر وقد يكون على خطر التلف بإلقائه دون فائدة اما بعد إلقاء البذر فى الأرض فإن المزارعة تكون لازمة فى حق

---

(١) المجلة فى باب البيوع المواد من ٣٠٠ ــ ٣٦٠ .

(٢) رد المحتار جـ ٤ ص ٢٢ .

(٣) راجع المادة ١٤٣١ من المجلة وتعريفها شرعا سنشير إليه تفصيلا فيما بعد .

كل من طرفيها[1] وتكون فيها المعاوضة المعتبرة شرعا هى سبب التزام كل من العاقدين وهى جواب من يسأل لم التزم كل من الطرفين بالعقد — كذلك فإن عقد الاستصناع وهو فى المذهب الحنفى غير لازم بلا خلاف قبل صنع الشىء أما بعد الصنع فإن للمستصنع حق الفسخ إذا رأى الشىء وكان على غير الوصف المتفق عليه وذلك من قبيل خيار الرؤية على الرأى الراجح — وقد نصت المادة ٣٩٢ من المجلة على أن العقد يعتبر لازما منذ انعقاده . إلا إذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف المشروطة ، وهذا النص يجعل عقد الاستصناع لازما فى الأصل[2].

وما عدا العقود التى أشرنا إليها ، والأصل فيها اللزوم وإن كان يعرض لبعضها عدم اللزوم كما سبق أن أوضحنا فى عقد الإيجار . فإن بقية عقود المعاوضات هى عقود لازمة أى ملزمة للجانبين ونحن نبحث عنصر المعاوضة فيها على أنه سبب الالتزام الذى يرتبه العقد على كل من طرفيه وأن المعاوضة المعتبرة شرعا تقوم فى هذه العقود بالدور الذى تقوم به نظرية السبب فى الالتزامات المدنية .

وعلى خلاف هذه العقود الملزمة لطرفيها والتى لاخلاف فى أن طبيعتها اللزوم . توجد عقود غير لازمة بحسب طبيعتها كالوديعة والعارية والوصية وهذه العقود يجمعها أنه لاتوجد فيها المعاوضة أصلا ، وإن وجدت فى بعض الأحوال كما فى الهبة بعوض ، وسنرى ما إذا كان هناك عنصر فى هذه العقود يقوم بدور السبب فيها أم أن طبيعة عدم اللزوم التى تجمعها تمنع من القول

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ١٧٧ .

(٢) والمعقود عليه فى الاستصناع هو الوصف الذى يحدث فى المحل بعمل العامل . المبسوط جـ ١٥ ص ٨٤ .

بوجود أساس للالتزام فيها فمتى سلمنا بأن هذه العقود لا تلزم طرفيها أو أحدهما ولكل منهما أو لأحدهما التحلل من العقد لم يكن هناك داع للتساؤل — لم التزم المدين .

ويلاحظ أننا دائما نستعمل لفظ العقد جريا على ما ذكرناه من أن الفقه الإسلامى فى دراسته للحقوق والالتزامات يبدأ بالعقد وليس بالالتزام الناشىء عنه ، فقد جرى الفقه اللاتينى على أن يحلل العقد ويجعله سلسلة متقابلة من الالتزامات ثم بدأ البحث عن الأساس الذى ينبى عليه كل التزام من هذه الالتزامات — فيبحث فى عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بالعمل على نقل الملكية وسبب التزام المشترى بدفع الثمن فيكون النظر فى البحث إلى الالتزام بدلا من العقد .

ورغم أن الفقه الإسلامى كما هو النظر الغالب هو فقه تحليلى يهتم بالفروع والجزئيات ، وعلى الأقل من ناحية تدوين هذا الفقه بالذات ، فإنه لم ينهج فى النظر إلى العقد نظرة الفقه اللاتينى على وجه العموم بل اعتبر العقد وحدة البحث وتناول المعاوضة فيه بوصفها عملية مزدوجة تتفق مع طبيعة العقد الملزم للجانبين والذى لا بد له من طرفين لانعقاده .

الغبن والمعاوضة الشرعية :

ومن ناحية أخرى فإن التسوية بين طرفى العقد قد لا تتحقق فى العقد الملزم للجانبين ويكون مع ذلك صحيحا ، ونقصد بذلك العقد الذى يشتمل على غبن فلا جدال فى أن الغبن يخل بالمعاوضة ومتى كانت سببا لالتزام كل من طرفى العقد

جاز القول باختلال السبب وصار العقد باطلا — على أن الغبن لا يخل — حتى مع وجوده — بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع سبباً للالتزام — إذ يبقى العقد صحيحاً ما دام قد تمت عملية المعاوضة فيه على النحو الذى رسمه الشارع — فالغبن الفاحش وهو أشد صور اختلال المعاوضة بين طرفى علاقة الالتزام ليس مسلماً كسبب من أسباب الفساد فى العقود التى تلزم الجانبين — ونحن نشير إلى الغبن هنا مع أنه من عيوب الرضا أى من العيوب التى تعيب الإرادة وليس من عيوب المعاوضة نفسها وهى عملية مادية كما سبق أن ذكرنا ، ذلك أن الأصل أن الناس مسلطون على أموالهم والغبن الذى يلحق المشترى أو يلحق البائع من غير تغرير من أحدهما للآخر أو خداع يدل على تقصير العاقد المغبون فإن كل إنسان يتعامل فى التجارة مع الناس له أن يطلب الربح وأن يقتضيه وفى المعاوضات يبدو ذلك ظاهراً ، وفى المذهب الحنفى أن الغبن إذا لم يلحقه تغرير لا يجوز فسخ العقد به[1] .

وحجة من يقول بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » فإذا قصر العاقد فى البحث والنظر والاستدلال على السعر الذى يبيع أو يشترى به لم يكن له فسخ العقد إذا تبين أنه قد غبن فيما باعه أو اشتراه — على أن الحنابلة مع أنهم لا يجيزون الفسخ (أو أعطاء أحد طرفى العقد الخيار) فى الغبن المجرد من الخلابة أو التدليس (وهو بمعنى كتمان أحد العاقدين عيبا فى المبيع أو الثمن يعرفه عن المتعاقد الآخر وهو بمعنى الخلابة) إلا أنهم يستثنون حالة تلقى الركبان كما إذا خرج تاجر إلى من يأتى بالبضائع قبل دخوله أسواق البلدة فاشترى منه بسعر أقل من سعر السوق لجهل

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ١٠٧ .

البائع له بالسعر ، فإن للبائع إذا تبين له أنه غبن بالنسبة إلى سعر السوق الخيار إذا دخل السوق وحجة ذلك عند الحنابلة ما نهى عنه رسـول الله صلى الله عليه وسلم من تلقى الركبان وأنه جعل للمتلقى الخيار إذا هبط السوق[1] — كما يستثنى الحنابلة أيضاً المسترسل وهو الطرف الذى يستأمن الآخر فى العقد على تحديد السعر إذا أعلمه أنه جاهل به ، أما إذا كان عالماً بأسعار السوق فلا خيـار له — والمالـكية يشترطون فى حالة المسترسل أن يستأمن المشترى البائع ويعلن إليه أنه جاهل بالسعر فإذا باعه بعد ذلك بغبن فاحش كان له الخيار — أما إذ كان جاهلا بالسعر ولم يعلن ذلك للطرف الآخر فى العقد فلا خيـار له وقال البعض بالخيار له[2] والشافعية لهم فى حرية المعاوضة ما يستدلون به مما رواه الشافعى عن طريق داوود وابن صالح التجار عن القاسم ابن محمد عن عمر رضى الله عنه أنه مر بحاطب بن أبى بلتعه بالسوق وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فقال له مدّين لـكلّ درهم فقال له عمر قد حدثت ببعير جاءت من الطائف تحمل زبيباً وهم يعترون بسعرك (أى يغرهم هذا السعر المنخفض فيبيعون بمثله) فإما أن ترفع فى السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلـما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً فى داره فقال له إن الذى قلت لك ليس عزمة منى ولا قضاء وإنما هو شىء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع ، فلـكل من العاقدين أن يسعى جهده فى تحقيق الربح من المعاوضة طالما كانت فى صورتها المشروعة .

وعند الظاهرية أن من غبن فى بيع اشترط فيه السلامة فهو بيع مفسوخ

---

(١) الشرح الـكبير ج ٤ ص ٧٧ وهو ما نتناوله فى اختلال المعاوضة بسبب ظروف العقد

(٢) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٩٣ .

— أما إذا لم يشترط السلامة فلاخيار له — والقيمة كما قال على : قيمتان باتفاق جميع أهل الإسلام قديماً وحديثاً فقد كان التجار على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يبيعون ما يشترون طلبا للربح ، وهذا أمر متيقن فقيمة يبتاع بهــا التجار السلع لا يتجاوزونها إلا لعلة وقيمة يبيع بها التجار السلع لا يحطون عنها إلا لعلة فهاتان القيمتان تراعيان كل قيمة فى حالها [1] وإذا علم المغبون بالغبن ورضى به كان العقد صحيحاً [2].

ومتأخرو الحنفية أجازوا فسخ البيع الذى فيه غبن فاحش فى مال اليتيم ومال الوقف وبيت المال وعلى ذلك نصت المادة ٣٥٦ من المجلة .

وبذلك يتضح أن الغبن حتى ولو كان فاحشاً [3] لا يفيد بذاته فساد العقد فى الفقه الإسلامى ما دامت المعاوضة فى العقد الملزم للجانبين قــــد حصلت على الصورة التى حددها الشارع، ولاجدال كما سبق أن ذكرنا أن الغبن يخل بالمعاوضة بين العاقدين وإن كان لا يخل بالمعاوضة المعتبرة شرعا . إذ المعاوضة ولو أنها تؤدى بحسب ما شرطه الشارع فيها إلى التوازن فى مضمون العقد — إلا أنها لا تستلزم التعادل بين طرفى العقد من الناحية الواقعية — ذلك أن فساد العقد الملزم للجانبين — والذى يتضمن ربا أو غرراً أو نهيا عما يتخوف منه على سلامة المعاوضة — أو الذى يتضمن شرطاً لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل — هذا الفساد الذى يتقرر لهذه العقود يؤدى (تجنبه) إلى عقد صحيح ومعاوضة عادلة .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٤٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٣ .

(٣) اختلف فى تقدير الغبن — فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين أو الذى يتغابن الناس فى مثله كنصف العشر أو العشر فى العقار — الفتاوى الخيرية جـ ١ ص ٢١٩ .

شروط المعاوضة المعتبرة شرعاً :

وحتى يعتد الشارع بالمعاوضة فى العقد اللازم الذى ينتج التزامات على كل من طرفيه – فإنها – يجب أن تستوفى شرطين أحدهما أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد وثانيهما أن تكون الغاية منها (أو من العقد الذى يتضمنها) مشروعة .

أولا : التوازن فى مضمون العقد

يشترط أن تؤدى المعاوضة إلى التوازن فى مضمون العقد – ولم يترك الشارع الإسلامى ذلك لمحض إرادة الطرفين أو لاجتهادهما فى فهم معنى للموازنة بين حقوق والتزامات كل من طرفى العقد – وإنما وردت المبادىء العامة التى يؤدى تطبيقها فى كل عقد لازم إلى تحقيق التوازن فى مضمونه بين طرفيه – وهذه المبادىء التى أوردها الشارع الإسلامى تؤدى إلى تحريم كل عقد تختل المعاوضة فيه لصالح أحد طرفيه على حساب الآخر – وعندئذ يبطل العقد – فلكى يكون العقد صحيحاً ملزماً لطرفيه يجب أن تكون المعاوضة على الصورة التى أوجبها الشارع خالية من كل ما يجعلها تختل لصالح أحد العاقدين سواء كان اختلال المعاوضة ناشئاً عن طبيعة العقد التى لا تجعل سبيلا إلى تحقيق التوازن فيه كالعقود الربوية وعقود الغرر فإن هذه العقود يفوت فيها حق أحد العاقدين أو التزامه الناشىء من العقد أو يكون على خطر الوجود أو العدم ولذلك أبطل الشارع الإسلامى عقود الغرر لأن طبيعة هذه العقود لا تؤدى بذاتها إلى تحقيق ذلك التوازن حتى وإن تحقق من الناحية الفعلية فى عقد من العقود فإن ذلك العقد يكون باطلا لأن التوازن فى مضمون العقد فى المعاوضة يجب أن يكون ممكناً عند انعقاد العقد – ولا عبرة

بتحققه فعلا ما دامت طبيعة العقد نفسها لا تسمح بظهوره عند انعقاد العقد ـ وقد أبطل الشارع الإسلامى أيضا نوعاً من العقود بسبب ظروف انعقاد العقد وهى خارجة عنه ولكنها تؤثر فيه فتجعل المعارضة تختل لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر وهذه الظروف قد تكون متصلة بأحد الطرفين فى العقد كحالة الاضطرار التى يكون فيها أحد العاقدين مضطراً إلى الشراء أو البيع، أو يواجه الطرفان معاً حالة احتكار لا يد لهما فيها ـ ويريد أحدهما أن يستغل قيام حالة الاحتكار فتختل المبادلة أو المعاوضة لصالحه .

وكذلك فإن المعاوضة قد تختل بسبب الشرط . وقد عمد الفقه الإسلامى إلى استخدام نظرية الشروط العقدية فى تحقيق التوازن والتكافؤ بين العاقدين فى مضمون العقد ـ فأبطل الشروط التى لا يقتضيها العقد ولا يجرى بها العرف أو لم يسمح بها نص إذا كان فيها منفعة لأحد المتعاقدين ـ ولا تعليل لذلك النهى عن مثل هذه الشروط إلا بأن الشارع أوجب شرعاً التوازن والتكافؤ فى التزامات وحقوق العاقدين الناشئة من العقد وحمى الطرفين من الشروط التى تخل بالتوازن فى مضمون العقد وجعل العقد الذى يتضمن هذه الشروط فاسداً على تفصيل فى المذاهب نعرض له فى حينه .

وشرط التكافؤ فى حقوق العاقدين والتزاماتهما ـ الناشئة من العقد ـ قد تكفل الشارع بالأحكام التى تؤدى إلى تحققه وذلك فى الأحكام المتعلقة بالربا والغرر والشروط والنهى عن بعض العقود اللازمة بسبب ظروف انعقادها أو طريقة انعقادها لعلة الخلل فى المبادلة العقدية ـ وليس على العاقدين سوى مجانبة ما نهى الشارع عنه وعندئذ يتحقق التوازن فى مضمون العقد ويكون صحيحاً إذ تحقق أحكام الشارع المتعلقة بالمبادلة كفيل بتحقيق المعاوضة التى يعتبرها

الشارع ، وهو أمر فرضه الشارع ولا محل بعده للقول بأن المبادلة لا يعتد بها الشارع — ويتوفر للعقد اللازم سببه فى قيام المعاوضة التى يعتد بها الشارع وتصبح سبباً يبرر التزام كل متعاقد بالوفاء بما أوجبه عليه العقد — فقيام المعاوضة على الصورة التى وضع الشارع حدودها هو السبب فى التزام كل من العاقدين فى العقد اللازم قبل الآخر، أما إذا شاب للمعاوضة ما يخل بها ويجعلها غير معتبرة من الشارع — كالربا أو الغرر أو الشرط الفاسد — أو الظروف التى تؤدى إلى إلى الخلل فى المعاوضات التى نهى الشارع عنها — فإن العاقد لا يلتزم بهذا العقد لأنه عقد فاسد وذلك رغم الرضا به وسلامة محل العقد — إذ لا يقوم هنا سبب لالتزامه بالعقد .

ولما كان شرط التوازن فى مضمون العقد لا يظهر إلا عند مخالفة مانهى الشارع عنه ، فقد رأينا أن نتناول هذا الشرط تفصيلا فى القسم الثانى عند تطبيق السبب على العقود ، فإذا تخلف هذا التوازن والتكافؤ فى مضمون العقد اللازم — كما سنرى فى صور هذا التخلف — فى أحكام الربا والغرر والشرط الفاسد والخلل المنهى عنه فى بعض العقود — كان ذلك بمثابة تخلف السبب فى العقد فبطلان العقد هنا مرده إلى تخلف السبب عند انعقاده . وسنرى أن الخلل فى المعاوضة بعد الانعقاد يكون جزاؤه سواء كان الفسخ أو تحمل التبعة مقصوداً به إعادة المبادلة إلى التوازن الذى اختل بسبب عدم تنفيذ التزام أحد الطرفين بخطئه أو بسبب قوة قاهرة ، ولما كان شرط الغاية المشروعة من العقد يشترك فيه العقد اللازم مع العقد غير اللازم — وإن كان العقد غير اللازم لا يحتاج إلى غيره — فإننا نبحثه تفصيلا فى هذا الفصل وما نورده فيه يجرى حكمه فى العقد اللازم وغير اللازم — وإن كنا فى القسم الثانى قد تناولنا الغاية المشروعة من العقد غير اللازم فى بعض العقود التى تعرضنا لها على وجه التحديد .

ثانياً : شرعية الغاية من العقد

من المسلمات فى الفقه الإسلامى أن الشارع هو الذى رتب أحكام العقود وآثارها فالمكلف ينشىء مايريد من العقود والتصرفات بإرادته ، وهذه الإرادة لها الأثر الكامل فى إنشاء التصرف ما دامت إرادة سليمة — ولكن آثار التصرف الذى أنشأته لا يخضع لها فى تحديد مدى التصرف والحقوق والالتزامات الناشئة عنه فذلك من أمر الشارع لا من العاقد ، ومقتضيات العقود كلها من الشارع ولذلك يقول الفقهاء أنها أسباب جعلية شرعية ومعنى ذلك أن إنتاج العقد لآثاره ليس نتيجة للعقد بصيغته وإنما لأن الشارع رتب الأمر على العقد فرتب نقل الملكية على البيع وحل المتعة على الزواج — فالشارع قد جعل على الأموال أسباباً ظاهرة وأعطاها أحكامها وناط بها الآثار التى تترتب عليها[1] فالمكلف يحدث الأسباب والشارع يثبت الحكم لثبوت سببه من المكلف[2] .

وجعلية الآثار قد صرح بها فقهاء المذاهب فهى قضية مسلمة إذ أن للإرادة الإنسانية دورها فى إنشاء العقد والشارع هو الذى يرتب أثره — ويختلف ذلك عن القانون الوضعى الذى يعترف للإرادة بأنها تنشىء العقد وتحدد الأثر وسنرى ما ترتبه الجعلية من آثار بالنسبة للسبب فى الفقه الإسلامى .

الجعلية وأهدافها :

وقد سبق أن ألمحنا إلى أن الجعلية فى الفقه الإسلامى تهدف إلى إقامة التوازن فى مضمون العقد بين العاقدين وذلك الهدف يذكره من كتبوا عن

---

(١) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٦٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢١٤ .

ذلك الفارق بين الفقه الإسلامى والقانون فى موضوع مبدأ سلطان الإرادة ، فإن تحديد آثار العقد إذا كان من الشارع ـ وهو فى الفقه الإسلامى ـ الله سبحانه وتعالى فإنه يكون مفضيا ولا شك إلى ما فيه عدل بين الناس ونفع لهم فترتيب آثار العقد من الشارع إذا يقصد به العدل ، وفى العقود يكون ذلك بالموازنة فى آثار العقد بين ما يترتب للعاقد ، وما يترتب عليه .

وإنما كان حكم العقد وأثره من عند الله سبحانه وتعالى حتى لا يبغى الناس بعضهم على بعض نتيجة رغباتهم المختلفة وأهوائهم المتباينة التى قد تؤدى إلى الغبن والغرر[1] ، وقد حد الشارع للعقود حدوداً والحكمة من ذلك ألا تؤدى إلى النزاع ، ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بسببها غرر وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقا إلى اقتراف ما نهى الله عنه[2] وكل ذلك صونا للمعاملات من دواعى الفساد وحسما لمادة الخلاف بين الناس[3] .

وإذا كان الشارع يحدد مقتضيات العقود ويراعى فيها التوازن والتكافؤ بين حقوق العاقدين والتزاماتهما ، وذلك منعا للنزاع والبغى بين الناس . فإننا نتساءل عن صلة الجعلية التى يأخذ بها الفقه الاسلامى بقصد المكلف من إنشاء العقد .

وإذا كان الشارع يضع آثار العقود فتصبح حكم العقد ويحدد مقصدها الأصلى فإن ذلك لا يتصل بالعاقد ـ ذلك أن حكم العقد كما فى البيع هو نقل الملكية بعوض والمقصد الأصلى من الإيجار هو ملك المنفعة بعوض ـ لا يبدو لأيهما علاقة بالعاقد إذ بعد أن ينشىء العاقد العقد لا يكون لإرادته دور فى إيقاع

---

(١) محمد سلام مدكور فى الفقه الإسلامى ص ٢١٩ .

(٢) على الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٢ .

(٣) محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٠ .

آثار العقد وترتبها على التصرف الذى أنشأه ، وقد عرف البعض المقصد الأصلى بأنه الغاية النوعية ، أى الحكم الأصلى الذى جعل العقد طريقاً مشروعا للوصول إليه[1] ، وقد ذكر البعض أن المراد بالغاية النوعية هو موضوع العقد أى المقصد الأصلى الذى شرع العقد لأجله ، وهذا الموضوع أو الغاية النوعية لا يتغير فى النوع الواحد من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد[2] .

والواقع ان الغاية النوعية للعقد لا تتصل بالعاقد من جهتين :

أولاهما أنها من عمل الشارع بلا خلاف فالشارع هو الذى حدد المقصد الأصلى لكل عقد من العقود ـ وللعقود جملة [3] .

ثانيتهما : أن العاقد لا أثر له فى المقصد الأصلى فإرادته تعجز عن تغييره أو ادخال تعديل فيه ، ولذلك فإن العاقد لا يستطيع أن يشترى دون أن تنتقل الملكية ولا يستطيع أن يستأجر دون أن يلتزم بدفع أجرة الانتفاع ، وإنما يجب عليه أن يسير فى اتجاه المقصد الأصلى لتحصيله وليس له أن يعارضه أو يفوته بإرادته .

إرادة الشارع وقصد العاقد :

وبذلك يتبين أن إرادة الشارع المتمثلة فى المقصد الأصلى للعقد هى قانون أو هى الشرع ونستطيع أن نضفى على المقصد الأصلى للعقد من الصفات ما يسرى على إرادة الشارع فى تنظيم أمر معين من كونها لا تقف أمامها إرادة المكلف وأنها تحقق العدل والمصلحة ، وقد أورد الأستاذ وحيد سوار

---

(١) التعبير عن الإرادة وحيد سوار ص ٥٠٠ — وهو تعريف الشىء بنفسه .

(٢) مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العام ص ٢٩٩ — وهو تعريف للمقصد الأصلى بأنه موضوع العقد .

(٣) وهو لزومها للبقاء المقدور بمباشرتها — راجع ص ١٥٥ .

فى رسالته ان خصائص المقصد الأصلى أنه ذو طابع مادى وأنه محدد لنوع التصرف وأنه يمثل لوظيفة التصرف القانونية اقتصادية كانت أو اجتماعية[١] ، إلا أن ما يراه بعد ذلك من وجود ترادف بين المقصد الأصلى والحكم يؤكد ما تقدم من أن المقصد الأصلى هو ما شرعه الشارع حكما للعقد ويكون المقصد الأصلى إذا شرعاً بحتا ، وليس عنصراً فى عقد معين ، ولا جدال فى اختلاف ما يشرعه الشارع من حكم فى العقد ، وبين ما يتكون منه العقد نفسه ومنه السبب أو المعاوضة .

فالغاية النوعية أو المقصد الأصلى أو الحكم كل ذلك — شرع — لا يجوز مقارنته بالسبب فى العقد أو الالتزام إذ ليس عنصراً من عناصر عقد معين بل هو حكمه متى انعقد العقد صحيحاً وأثره إذا استوفى شرائطه ، وهنا يظهر الفارق بين إرادة المكلف وحكم الشارع إذ أن حكم الشارع يعد قانونا يلتزم المكلف بالعمل فى دائرته اما إرادة المكلف فانها تعمل داخل حكم الشارع ولا تستطيع أن تعارضه .

ونحن نوافق على أن المقصد الأصلى أو الحكم هو المسوغ لحماية الشارع للتصرف ذاته مصدر القوة الالزامية للعقد أو التصرف ، فالشارع إذا كان حكمه نقل الملكية للمشترى وملك البائع للثمن — فى عقد البيع — فان ذلك هو الذى يسوغ مطالبة المشترى للبائع بتسلم المبيع ومطالبة البائع للمشترى بأداء الثمن ولولا المقصد الأصلى لما وجدت هذه المطالبة ما تحتمى به[٢] .

---

(١) وحيد سوار التعبير عن الإرادة ص ٥٠٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٥١٢ — ويماثل ذلك ما ذكرناه عند الحديث عن النظرية الإيطالية فى السبب وهى أن هذه النظرية جاوزت تصوير السبب الذى يبحثه الفقه اللاتينى إلى تصوير آخر بحثت فيه عن المسوغ لحماية التصرف ذاته .

وإذا وضعنا قصد العاقد فى التعاقد إلى جانب المقصد الأصلى فإنه يظهر لنا اختلاف الأمرين اختلافا كاملا فالمقصد الأصلى تشريع وقصد العاقد إرادة ، والمقصد الأصلى هو كما يسمى « الغاية النوعية » لا يتغير بالنسبة لكل عقد من العقود فهو تنظيم الشارع اما قصد العاقد أو الباعث على العقد فهو غاية شخصية لا نوعية[1] وتتغير هذه الغاية بتغير الأشخاص فقد يتعاقد الشخص بقصد التخلص من متاع عنده وقد يتعاقد بقصد الربح وقد يقبل على التعاقد عن حاجة أو عن غنى فكل ذلك قابل للتغيير من شخص لآخر ومن عقد لغيره ومن زمان لسواه ، فكل ما يتعلق بالإرادة الإنسانية قابل للتغيير ، وكل ذلك يجمعه فى التفرقة بين المقصد الأصلى ومقصد العاقد — أن الأول تشريع — والثانى تصرف .

ما هو قصد العاقد وما هو الباعث :

وعلى خلاف القانون الوضعى وهو فى القانون المدنى المصرى كما أوردت المذكرة الإيضاحية يستهدف الباعث الدافع على الالتزام سببا للعقد ، فإننا لا نجد لفظ الباعث مذكوراً فى كتب الفقه بل نجد مقصد العاقد ونيته .

والنِّيَّة بتشديد الياء وتخفيفها مصدر نوى الشىء ينويه أى قصده واعتقده[2] ، وحقيقتها قصد الشىء وعزم القلب عليه ، والفعل الذى تعلقت به إرادة الناوى وقصده إما أن يكون حالياً أو استقبالياً ، فإذا تعلقت النية بالقصد الحالى سميت قصدا تحقيقياً ، وإذا تعلقت بالفعل المستقبل سميت عزما[3] ، فالنية إذا من قبيل القصود والإرادات . وكل فعل صدر من عاقل

(١) مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام ص ٣٠٠ .
(٢) المصباح المنير — قاموس مادة نوى ج ٢ ص ٨٧٥ — ٨٧٦ .
(٣) نهاية الأحكام فى بيان ما للنية من أحكام لأحمد الحسينى ص ٧ .

مختار لا يخلو من نية سواء كان من العبادات أو العادات كالعقود [1] .
والنية يجب أن تكون مقارنة للفعل وفى العقود مثلا تكون النية مقارنة للعقد ، فالنية ترادف القصد ولذلك فإن مايعبر عنه الفقهاء من نية العاقد أو القصد لديه يستويان فى المعنى .

غير أن الباعث ولو كان باعثاً دافعاً إلى التعاقد قد يختلف عن النية فى بعض الصور ذلك أن تحديد الباعث الدافع من بين البواعث النفسية التى توجه الشخص قد يختلط الأمر فيه فإذا أقبل شخص على البيع فقد تدفعه بواعث عديدة مثل الرغبة فى التخلص من المبيع أو الرغبة فى الحصول على الربح أو الحاجة إلى الثمن الذى يتلقاه مثلا أو التخلص من المبيع خلافا لأحكام القانون وقد تجتمع البواعث وتتعدد أما النية والإرادة والقصد فهى عبارات متواردة على معنى واحد ـ وهى حالة وضعية للقلب يكتنفها أمران علم وعمل ويقول الغزالى إن كل عمل اختيارى لا يتم إلا بثلاثة أمور علم وإرادة وقدره [2] . والنية تتوسط العلم والقدرة فإذا جزمت المعرفة انبعثت الإرادة وإذا انبعثت الإرادة انتهضت القدرة ـ فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهى الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض فى الحال أو فى المآل فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث وهو القصد المنوى وقد تتعدد البواعث

---

(١) نهاية الأحكام ص٩ والنية فى اللغة هى القصد — وعرفها البيضاوى بأنها شرعا الارادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء وجه الله — والمقصود منها تمييز العبادات عن العادات وتمييز بعض العبادات عن بعضها الآخر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦ — ٤٧ .

(٢) إحياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ٣١٢ .

فيجتمع باعثان على الفعل مثلا وكل منهما كاف القدرة وقد يكون الباعثان بحيث لا يستقل أحدها بالقدرة بمفرده ولكن اجتماعهما معاً يجعل القدرة قائمة أو يكون أحد الباعثين بحيث إذا أضيف إليه الباعث الآخر سهل له الأمر[1] .

فالباعث والنية والقصد هنا ألفاظ تؤدى معنى واحداً وقد أحسن الغزالى إذ وضع النية بحيث تتوسط العلم والقدرة ـ كما صرح بأن كل عمل اختيارى لا يخلو من باعث أو قصد إليه وهو ما يقرره علماء القانون عندما يقولون أنه ما من إرادة مميزة إلا ولها باعث وأن الإرادة التى تخلو من باعث هى إرادة غير المميز فحسب . وهنا تدق التفرقة بين البواعث المختلفة فإذا اجتمع منها عدة بواعث لدى شخص معين فإنه لا يمكن بسهولة تحديد أى باعث منها وجه العاقد إلى التعاقد حتى نتعرف مشروعية هذا الباعث وإذا اختلطت عدة بواعث بعضها مشروع وأحدها غير مشروع احتاج الأمر إلى تحديد أى البواعث كان دون غيره دافعاً وموجهاً للعاقد ـ حتى تعرف صحة العقد من بطلانه .

وقد حاول الفقيه الفرنسى جوسران أن يميز بين البواعث المختلفة التى قد يتأثر بها العاقد حتى يستبين منها الباعث الموجه أو الباعث الذى نقف عنده فى تقرير صحة الالتزام أو العقد أو بطلانهما[2] .

فهناك الباعث الداخلى ولا يعتبر ذلك باعثاً بالمعنى الحقيقى بل يعتبره جزءا من النية ويكون مقارنا للعقد ـ وهناك الباعث الموجه أو السببى ـ وهناك

---

(١) المرجع السابق ص ٣١٣ غير أن النية والباعث تختلف عن الغاية من المقدومى مايرجى من تنفيذه فهى على أية حال نهاية أما النية فهى بداية والشارع الإسلامى إنما يحاسب الإنسان (فى الدنيا) بحسب الغاية من التصرف فيبطله أما النية فاذا لم يتبعها عمل بحيث تحقق الغاية المقصودة فلا حساب عليها فى العقد .

(٢) البواعث الأعمال القانونية — جوسران بند ١٦ .

الباعث الغائى الذى يتعلق بالمستقبل ويكشف عن الغرض الذى ينتظره العاقد أو المتصرف من العمل القانونى ـ وقد ضرب جوسران مثالا لذلك فى عقد الهبة فمن يهب لابنه مثلا فالباعث بالمعنى الأول فى مجرد نية التبرع والباعث الموجه فى علاقة القرابة أو غيرها التى دفعت إلى التبرع والباعث الغائى فيما ينتظره الواهب من أثر للهبة لدى الموهوب لديه .

حكم النية والقصد فى الشريعة الاسلامية :

والواقع أننا فى بحث أثر النية أو القصد على العمل القانونى فى الفقه الإسلامى نرى أمامنا أصولا فى الشريعة الإسلامية لابد من مراعاتها .

فنرى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أوامرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه» وقد روى هذا الحديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأخرجه البخارى ومسلم وغيرهما ـ ويقول السيوطى فى الأشباه والنظائر فى القاعدة الأولى أن ذلك حديث مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم وأورد أحاديثاً كثيرة فى معناه وان اختلف اللفظ[1] ـ ويقول إن الشافعى وأحمد بن حنبل وغيرهما قد اتفقوا على أن هذا الحديث ثلث العلم ومنهم من قال ربعه ـ لأن كسب العبد إنما يقع بقلبه ولسانه وجوارحه والنية أحد الأقسام الثلاث ـ ومفاد كلام أحمد بن حنبل أنه ثلث العلم أنه أحد القواعد الثلاث وثانيها من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد وثالثها الحلال بين والحرام بين ـ وأفاض السيوطى فى النقل فى تعظيم حديث النية[2] .

---

(١) الأشباه والنظائر فى الفروع للسيوطى ص ٧ طبعة مصطفى محمد .

(٢) المرجع السابق ص ٨ وما بعدها .

والنية أمر نفسانى بحت وتتصف بالذاتية المطلقة وقد حاول البعض أن يجعل إقدام الشخص على عمل معين يمر بمراحل أولها الهاجس وهو ما يلقى فى النفس ثم الخاطر وهو جريان ما يلقى فى النفس ثم حديث النفس فى التردد بين الفعل والترك ثم الهم وهو الهم بفعل الأمر ثم العزم وهو قوة القصد والجزم به ـ والمراتب الثلاث الأولى إن كانت فى الحسنات لم يكتب لربها أجر وكذلك فى السيئات لا يكتب بها ذنب أما الهم بالفعل فيكون حسنة ولا يكون سيئة والأصح أن يكتب الفعل وحده[1] .

والشريعة الإسلامية شريعة دينية تتغلب فيها العوامل الخلقية وهذا يقتضى منها أن تعتد بالباعث الذى تقاس به شرف النوايا وطهارتها فكان ينبغى أن يكون لنظرية السبب مكان ملحوظ يضاهى مكانها فى الفقه اللاتينى[2] .

والواقع أن الحديث « إنما الأعمال بالنيات » لا يفيد بذاته بطلان التصرف القانونى الذى يعقده الشخص منتويا به الوصول إلى ما يخالف الشرع ذلك أن النية وحدها لاتكفى للقول ببطلان التصرف إذ أن الحساب على النية غير مقبول فى الفقه الإسلامى إلا فى الآخرة أما فى الدنيا فإن الأحكام تبنى على الظاهر ـ وفى الحديث « إن الله قد تجاوز لأمتى ما حدثت به نفسها مالم تتكلم أو تعمل به » فإذا أراد الإنسان من العقد الوصول إلى غرض غير مشروع فإن نيته وحدها لاتكفى لبطلان العقد ولكن السعى إلى ذلك الغرض إذا تمثل فى عقد معين فإن ذلك العقد قد يبطل لأنه يؤدى إلى الغاية غير المشروعة .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠ غير أن هذا التقسيم لا يمكن أن يفيد من الناحية العملية فى المعاملات .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٤ ص ٥٣ .

ومن الأصول التى يجب مراعاتها أن القضاء بين الناس إنما يكون بحسب الظاهر فقد جاء فى الجامع الصحيح فى البخارى ومسلم قوله صلى الله عليه وسلم : إنما أنا بشر وإنكم لتختصمون إلى ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضى له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فإنما أقضى له بقطعة من النار فليأخذها أو فليتركها .

فالقضاء بين الناس يكون بحسب الظاهر [1] ولا يمكن أن يؤاخذ الإنسان على نيته بأن يقال ان هذا العقد يقصد منه العاقد غرضا غير مشروع إذ النية فى ذاتها لا يمكن أن تتبين على وجه يصح معه أعمال الجزاء ولا تكاد الشريعة الإسلامية تعرف حالة يعاقب فيها الإنسان على مجرد نيته وقصده إذا لم يأت بفعل أو قول أو ترك يخالف حكم الشارع .

وإذا راعينا أن النية وحدها دون عمل جزاؤها لا يكون قضاء ، وإنما ديانة فحسب بالإثم ، وراعينا أن القضاء أساسه الحكم بالظاهر خرجنا من ذلك بنتيجتين :

أولاهما : أن النية ذاتها لا تفسد التصرف إذا لم تقترن بالسعى إلى تحقيق غرض غير مشروع باتخاذ العقد وسيلة إليه .

ثانيهما : أن الغاية من التصرف لو اتضحت إماراتها وشواهدها تفسد

---

(١) المنتقى شرح موطا مالك جـ ٥ ص ١٨٢ — يؤيده ما ورد فى قصة المتلاعنين من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » رواه البخارى — فم تحقق قول الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه لم يقم الحد على المرأة ، ولأن الدنيا دار تكليف والأحكام تجرى فيها على الظاهر المرجع السابق ، ولا يجوز التكليف بالقضاء إلا إذا بنى على الظاهر لامتناع التكليف بغيره عقلا ومساله حل أو حرمة المقضى به إذا خالف حكم الباطن إنما ترد بعد القضاء ، وحكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره — المرجع السابق ص ١٨٩ ، مختصر المزنى جـ ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ — المدخل للفقه الإسلامى سلام مدكور ص ٣٧٦ .

التصرف حتى ولو كان العاقد لم يقصد اتخاذ العقد وسيلة إليها[١] .

نية العاقد والغاية من التصرف :

ولا يمكن أن نفرق بسهولة ويسر بين النية المجردة فى عقد من العقود وبين الغاية التى يريد المتعاقدان أو أحدهما أن يصل إليها عن طريق العقد ، فنية العاقد المجردة فى عقد بيع مثلا إذا اقتصرت على أحد المتعاقدين قد لا تكفى للقول ببطلان العقد ، اما الغاية غير المشروعة للتصرف فحكمها بطلان العقد حتما وذلك هو أمر الشارع ، فكيف نجد فاصلا نستطيع أن نفرق به بين ما إذا كان الأمر قد اقتصر على مجرد النية أو تعداه بإقدام العاقد على السير « هو أو العاقدين معاً » فى الطريق الذى يؤدى إلى غاية حظرها الشارع .

فمن المعلوم أن الإنسان لا يحاسب إلا على ما جنت يداه ، وذلك بنص القرآن الكريم فى العديد من آياته الكريمة إذ يقول سبحانه وتعالى : « وأن ليس للانسان إلا ما سعى » ، فإذا باع شخص لآخر سلاحاً ولم يقصد سوى البيع لقاء ثمن وكان مشترى السلاح يقصد استعماله فى البغى على الناس ، فإننا نجد هنا وضعاً يؤدى إلى أبطال العقد دون ذنب جناه البائع وقد يكون له حاجة فى العقد .

ومن ناحية أخرى فإننا نجد أن ماقد يؤدى إليه العقد يخالف إرادة الشارع ومقاصده فوجب منعه فكيف نوفق بين مراعاة حق العاقد وتحقيق مقاصد الشارع .

---

(١) وهنا تبدو دقة التصريع الاسلامى فالنية بذاتها لا أثر لها ، أما الغاية التى يأباها الشارع ويؤدى إليها العقد قطعاً أو حسب الغالب فهى مناط الحكم ـ فإذا كان العقد يتخذ ذريعة للوصول إليها بطل العقد سداً للذرائع حتى ولم لم تكن نية العاقد تنصرف إلى الغاية المحرمة ، وهنا تتوسط قاعدة سد الذرائع مرحلة النية ومرحلة الوصول إلى الغاية المحرمة .

مبدأ سد الذرائع وأثره :

وبعبارة أخرى كيف نستطيع أن نبطل التصرف الذى يكون قصد أحد العاقدين منه غير مشروع مع أن الوسيلة التى استخدمت فى الوصول إليه مشروعة فى الظاهر وهى العقد .

وهنا يظهر تأثير المبدأ الذى يعرفه الفقه الإسلامى ولا يعرفه فقه القانون ـ ذلك أن مبدأ سد الذرائع فى نظرنا إنما يقصد به إبطال أو تصحيح التصرف بحسب غايته فهو هنا ينسب الغاية إلى التصرف أو العقد لا إلى العاقد ومتى تحددت هذه الغاية بأنها غير مشروعة فسد التصرف ولا يكون لمجرد قصد العاقد ونيته أثر يذكر — إذا تقرر أن الغاية من عقد معين بحسب عاقديه أو ظروف عقده من حيث الزمان أو المكان . هى غاية غير مشروعة .

وإذا كان القضاء بالظاهر كما قررنا من قبل فان ذلك لا يمتنع معه الوصول إلى إبطال العقد الذى يقصد به المتعاقدان أو أحدهما أمراً غير مشروع كالربا أو البغى على الناس ، ذلك أن القضاء بشواهد الحال جائز كما لو وجد الشىء المسروق مع من يتهم بسرقته وكذلك الحكم بالقرينة الظاهرة وقد قضى النبى صلى الله عليه وسلم بما يفيد الأخذ بالقرينة حين أمر الزبير أن يقرر شخصاً اتهم بأنه غيب مالا وادعى نفاده فقال الرسول صلوات الله عليه وسلامه « العهد قريب والمال أكثر من ذلك ـ فكثرة المال وقصر المدة قرينتان على كذبه فى نفاد المال[1] .

ويقول القرافى ان الوسيلة إلى أفضل المقاصد هى أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ماهو متوسط متوسطة[2] .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٨ .

(٢) الفروق جـ ٢ ص ٣١ ـ ووسيلة المقصود تابعة له ـ أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٠ وكلما سقط اعتبار القصد سقط اعتبار الوسيلة ـ أنوار البروق جـ ٢ ص ٣٣ مطبوع مع الفروق

فالعبرة هنا بغاية التصرف أو العقد نفسه وليس الأمر كله مرجعه نية العاقد أو باعثه على العقد لأن النية وحدها كما أسلفنا لا يبنى عليها حكم دنيوى فى الصحة والفساد (فى المعاملات) ولأنه لا يمكن أن نطلب من أحد العاقدين أن يتحرى نية العاقد الآخر وقصده لأن ذلك تكليف بما لا يطاق وإنما يرجع الأمر فى الصحة والفساد فى التصرفات إلى الغاية من التصرف وهذه الغاية يمكن أن نستدل عليها بقرائن عديدة تقطع بأن التصرف أو العقد قصد به الوصول إلى غاية يأباها الشارع ــ أو على الأقل ترجح ذلك .

وهناك من الذرائع ما أجمع الناس على عدم اعتباره أو على عدم سده فلا يمنع على الناس زرع العنب مثلا بحجة أنه قد يتخذ خمراً[1] وهنا نجد أن الحكم مرتبط بظروف موضوعية تجعل المصلحة فى عدم سد الذريعة ، فلا يعقل تضييع المصلحة العامة المؤكدة من أجل مضرة تقل عنها وهى مظنونة ــ كما أن من الذرائع ما أجمع الناس على سده مثل تحريم سب الأوثان حتى لا تؤدى بمن يعبدونها من المشركين إلى سب الله تعالى[2] عدوا بغير علم كما يقول القرآن الكريم ــ وهنا نجد أيضاً أننا أمام مصلحة لا قيمة لها فى سب الأوثان ولا تفيد شيئاً ذا أثر فى الدعوة لعبادة الله وحده ، وهذه المصلحة مع قلتها تحمل خطراً يخشاه المسلمون بتعرض المشركين لما أسلفناه ولذلك كان النهى عن سب الأوثان وكانت إباحة زرع ما قد يتخذ خمراً دون نظر إلى النية بل إلى ظروف موضوعية خارجية لا شأن لنية المتصرف فيها .

وهناك من الذرائع عدا هذين النوعين ما اختلف فيه ، والاختلاف هنا فى الظروف الخارجية التى تستنتج منها غاية التصرف وما يؤدى إليه لأن الخلاف لا يكون فى النية ولا يتوصل إليها بذاتها ، ولذلك فإن الإمام مالك لم ير تحريم

(١) تهذيب الفروق جـ ٢ ص ٢٧٤ ــ أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٠ ــ ١٢١ .

(٢) تهذيب الفروق جـ ٢ ص ٢٧٤ .

بيوع الآجال وإن كانت تتخذ ذريعة إلى الربا، غير أنه وضع شروطا لبعض هذه البيوع يتأكد منها بغض النظر عن نية العاقدين ـ أن غاية العقد غير مشروعة وهى أن تكون البيعة الأولى لأجل وأن يكون المشترى ثانياً هو البائع أولا والبائع ثانياًهو المشترى أولا (أومن فى منزلتهما كوكيل مثلا) وأن يكون الشىء المشترى ثانياً هو المبيع أولا وأن يكون الشراء الثانى من صفة ثمنه[1] ونرى مما تقدم أن الشروط الموضوعة لإبطال العقد بناء على الباعث عليه عند المتعاقد لم يتحدث فيها عن النية وإنما عن شروط موضوعية فى العقد نفسه ـ وتعليل ذلك المنع « أنه لما كثر القصد إلى الربا من جراء العقد منع قياساً على الذرائع »[2] .

الأصل فى اعتبار الذرائع :

والأصل فى اعتبار الذرائع ليس هو النية ولكن ما تؤول إليه الأفعال والنظر فى هذه المآلات لا يكون بحسب قصد المكلف ونيته ، فالنية لا تعد هى الأمر الجوهرى الذى يبنى عليه الحكم ، ذلك أن النية قد تكون نية حسنة لا غبار عليها من الشرع ولكن النتيجة التى تترتب على الأعمال التى تؤول إليها النية تكون بحيث يأباها الشارع ولذلك كانت العبرة بنتيجة العمل وليس بالنية ، وقد قسم الشاطبى الذرائع إلى أقسام — فمنها ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً — ومنها ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا — ومنها ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً بحيث يغلب على الظن الراجح وأخيراً فمنها ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا ولكن كثرته لا تبلغ ظن المفسدة فيه ومثال ذلك البيوع الربوية[3] .

---

(١) الفروق س ٢٦٦ ، س ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٢) المرجع السابق ـ وأصل العمل قد يكون مشروعا ولكنه يصير جاريا مجرى البدعة من باب الذرائع ـ الاعتصام الشاطبى س ٩٢ طبعة المنار .

(٣) الشاطبى الموافقات جـ ٢ س ٢٤٢ .

فالفكرة فى سد الذرائع عند من يأخذون بسدها هى النظر فى مآلات الأفعال وليس النظر فى النية ـ فالغاية التى يؤدى إليها التصرف فعلا ـ وليست النية ـ هى محل الاعتبار .

والشارع قد شرع الأحكام وله فيها مقاصد سواء كان الحكم أمرا أو نهيا وإذا نظرنا إلى ما أمر به الشارع وجدنا أنه قد يتوقف على فعل شىء آخر يكون طريقا له ومؤديا إليه ومن هنا صح أن هناك وسائل ومقاصد ونشأت القاعدة الشرعية أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وأما النهى فقد يكون الشارع نهى عن شىء بذاته فصار ممنوعا وحراما بمقتضى النهى الذى ورد بشأنه فهل يقتصر الأمر على هذه المنهيات ـ أم أن تحريمها يقتضى سد الذرائع التى توصل إليها — ذلك أن هناك الأمر المنهى عنه وإلى جانبه ما يدفع إليه أو يوصل له . وهنا يكون سد الذرائع واجبا .

والذريعة فى اللغة ما كان وسيلة إلى شىء آخر من قول أو فعل ـ والأصل ان الذريعة نفسها تكون مباحة[1] غير أنها تؤدى إلى محرم ولذلك فإنها تأخذ حكمه بحسب نوعها . فهناك ذريعة مباحة فى الأصل ولم يقصد بها المكلف غير ما وضعت له مثال ذلك ما أبيح من القضاء بحسب شهادة الشهود وقد يكذب الشاهد ، أو ما يباح من نظر الرجل إلى من سيتزوجها وقد يؤدى كذب الشاهد أو رؤية المرأة إلى مفسدة ـ إلا أن المصلحة أرجح من المفسدة ولذلك تبنى الأحكام على الغالب ولا يعتد باحتمال وقوع الضرر أمام مصلحة راجحة فى الذريعة .

وهناك ذريعة تفضى إلى مفسدة غالبة وراجحة حتى وإن لم يكن المكلف قد قصد وقوع هذه المفسدة أو استعمال الذريعة فى غير ماوضعت له ومثال ذلك سب آلهة المشركين فقد لا يقصد المسلم أن يرد عليه المشركون بسب ـ مقابلة

(١) ومثال ذلك العقد باعتباره وسيلة إلى هدف غير مشروع .

منهم لما تفوه به من سب آلهتهم غير أن الغالب أن يحصل ذلك ولهذا فإن هذه الذريعة تسد .

والنوع الثالث أن يقصد المكلف من الذريعة المباحة فى الأصل الوصول إلى غاية غير مشروعة فإذا تحايل العاقدان على أن يتضمن العقد ربا مستوراً فى صورة بيع كان ذلك العقد ذريعة إلى محرم ، وكذلك إذا تزوج شخص وهو لا يقصد استدامة الزواج بل يقصد تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها فإن الزواج يعتبر ذريعة لمحرم ويأخذ حكمه .

على أن سد الذرائع ليس مسلماً به فى المذاهب كلها — فمالك رضى الله عنه لا يرى التحريم للفساد إلا إذا ظهر القصد إلى الممنوع [1] — والشافعى لا يجعل التحريم إلا إذا كان هناك دليل على القصد والإمام الشافعى يبطل حكم الأزكان وما فى معناها من الذرائع فى البيوع وغيرها [2] ولا يسد الذرائع كما سنرى فى التطبيقات فى العقود — وأشد الناس أخذاً بالذرائع وسدها هو المذهب الحنبلى ، وقد دافع ابن القيم عن سد الذرائع فى العقود بعبارات قوية وصريحة وسنوردها فيما بعد عند بحث المذاهب — أما الظاهرية فلا يقولون بسد الذرائع .

شرعية الغاية من المعاوضة عند الفقهاء :

بعد أن ذكرنا أن هناك أصولا يجب مراعاتها عند تناول شرعية الغاية من المعاوضة نتناول رأى مذاهب الفقه الإسلامى فى اشتراط الغاية المشروعة من المعاوضة وقد تبين لنا مما تقدم أمران :

---

(١) الموافقات للشاطبى — جـ ٤ ص ١٩٩ .

(٢) الأم — الإمام الشافعى جـ ٤ ص ٤٢ .

أولها : أنه لا جدال فى أن الأحكام فى العقود تبنى على الظاهر .

ثانيهما : أن مبدأ سد الذرائع — وهو فيما نرى — يضع فاصلا بين ما يجوز إبطاله وما لا يجوز من العقود . إذ أن هذا المبدأ يعتبر مقاصد الشارع وليس مقاصد المكلف وهو وجه هام فى التفرقة بين نظرة القانون ونظرة الفقه — فإن الذريعة قد تحرم إذا كانت الغاية التى توصل إليها قطعاً محرمة أو لأنها مفسدة راجحة . حتى ولو لم يكن المكلف قد قصد أن يصل إلى غرض غير مشروع وهنا تكون العبرة بالغاية من المعاوضة نفسها . كما رأينا ، وليست العبرة كلها بقصد العاقد فقط ، وأن الغاية من المعاوضة قد تظهر من الظروف أو زمن العقد ومكانه وأشخاصه فإذا كانت هذه الغاية غير مشروعة بطل العقد .

وعلى وجه التحديد فإنه بينما يقتصر الأمر فى القانون على قصد العاقد وبواعثه ونيته فإن مبدأ سد الذرائع يجعل الغاية من المعاوضة أو التصرف . هى محل النظر[١] .

البواعث فى المذهب الحنفى :

يعتد المذهب الحنفى بقصد العاقد من العقد إذا كان ذلك القصد ظاهرا فى العقد ، فلا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وسائر الملاهى لأنه استئجار على المعصية[٢] . كما يكره بيع السلاح فى الفتنة ومبناه ممن يعرف أنه من أهل

(١) وبينما البواعث والنيات أمر شخصى بحت نجد الغاية نفسها أمراً موضوعياً فالغاية حينما تتحدد يكون للشارع فيها حكم بالتحريم أو الإباحة بحسب الأحكام العامة فى الشرع فإذا أدى العقد إلى غاية محرمة بحكم الشارع كالربا بطل العقد وإذا كان العقد يؤدى إلى هذه الغاية المحرمة غالباً بطل العقد سداً للذرائع — وفى حالتى البطلان هنا نجد أن الباعث أو النية ليست وحدها مناطاً لحكم بل الغاية ذاتها وإدراكها يأتى من التصرف أو من الظروف المحيطة به .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ١٧٥ .

الفتنة[١] لأنه تسبب إلى المعصية وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة فلا بأس لأنه يحتمل ألا يستعمله فى الفتنة ولا يكره للشك، ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح لأن المعصية تقوم بعينه، ومن آجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو يباع فيه الخمر فلا بأس به وذلك عند أبى حنيفة، وقال الصاحبان لا ينبغى أن يكريه لشىء من ذلك لأنه إعانة على معصية وله أن الاجارة تقع على منفعة البيت والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه[٢]. ومن حمل لذمى خمراً فإنه يطيب له الأجر عند أبى حنيفة، وقال الصاحبان يكره له ذلك لأنه إعانة على معصية وحجة أبى حنيفة أن المعصية فى الشرب وهو مختار فيه وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به[٣].

ويلاحظ أن بعض الأمثلة يختلط فيها المحل بالباعث أو القصد. كمنع الاستئجار على النوح أو الملاهى، ونحن نقصد بحث البواعث فحسب، ولذلك سوف نعتمد على ما يفيد حكم قصد العاقد من العقد وليس كون الالتزام فى ذاته بسبب محله مثلا غير مشروع.

فقد جاء فى البدائع أن الذمى إذا استأجر داراً من مسلم وأراد أن يتخذها مصلًّى فله ذلك، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من استخفاف بالمسلمين ولأنه لا يجوز إحداث كنيسة فى دار الإسلام[٤]

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٣٣ — وهنا نظر إلى ظروف العاقد نفسه.

(٢) الزيلعى جـ ٥ ص ١٢٥.

(٣) المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٩ وقال الشلبى فى حاشيته قول الإمام قياس وقول الصاحبين استحسان، ويلاحظ أن الإمام يعتد بما يظهر من العقد فحسب ولكن الصاحبين يذهبان إلى غير ذلك والمذهب الحنفى به فى الواقع نزعتان عند النظر فى البواعث لا نزعة واحدة.

(٤) البدائع جـ ٤ ص ١٧٦.

ومعنى ما تقدم في نظرنا أن العقد صحيح وقد صرح النص بصحته وإنما منع تنفيذه لشيء آخر إذا تحققت الغاية من العقد وكانت غير مشروعة ، ويلاحظ أن المثال لم يتعرض لقصد العاقد الآخر وهو المؤجر وأشار لقصد المستأجر الذي يريد جعل الدار كنيسة ولم يؤثر هذا القصد في العقد وإنما يمنع تنفيذه على أساس آخر مع تقرير صحته .

ويقول الطحاوي في مختصره « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه لأن العصير حلال ، وليس عليه الكشف عن نية المشتري[١] .

على أن الغاية من العقد قد تكون واضحة بينة كما إذا اشترى شيئاً يتخذ للتلهي عادة كآلات اللهو أو اشترى شيئا وشرط فيه شرطاً يدل بوضوح على الغاية من المعاوضة كما إذا اشترى ديكا على أنه مقاتل أو طيراً على أنه يأتي من مكان بعيد[٢] . فهذا البيع فاسد عند الإمام أبي حنيفة وفي إحدى الروايتين عن محمد بن الحسن ، وهنا تكون الغاية واضحة بينة من المعاوضة ولا حاجة إلى التعمق في قصد المشتري ونيته وعندئذ يبطل الحنفية هذه المعاوضة ، وكذلك في شراء القرد وإن كان يمكن أن ينتفع به في غير اللهو إلا أنه يتخذ للهو عادة فكان فاسداً وهي الرواية الصحيحة عن الإمام أبي حنيفة[٣] .

وبذلك فإن المذهب الحنفي كأصل لا يعتد بالبواعث والنية عند التعاقد

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ — وهذا صريح في أن معرفة نية العاقد متعذرة .

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٦٦ — ويجوز البيع إذا لم يشترط ذلك في العقد عند أبي حنيفة وعند الصاحبين لا يجوز .

(٣) البدائع جـ ٥ ص ١٤٣ — المبسوط جـ ١٦ ص ٣٩ .

متى كان الباعث أو النية غير ظاهرين[١] . أما إذا ظهر أحدهما فإن العقد يفسد والفساد هنا راجع إلى ظهور الغاية غير المشروعة حتى بغض النظر عن البحث فى قصد العاقد ونيته إذ فساد العقد فى حالة آلات اللهو وشراء القرد مرجعه إلى أن هذه الأشياء تتخذ عادة للتلهى ، فالمعيار هنا موضوعى ناشىء من ظروف العقد التى لا تدع مجالا للشك فى أن العاقد يقصد الوصول إلى غرض غير مشروع فيرد عليه قصده — أو على الأقل تكون الغاية غير المشروعة راجحة الحدوث من العقد ويظهر لنا ذلك أوضح ما يكون فى إيجار الدار إذا أراد الذمى اتخاذها مصلى فإن العقد صحيح غير أنه إذا استغل العقد فى الاستخفاف بالمسلمين كان منع تنفيذ العقد على هذا الوجه الذى تستغل فيه الدار فنية المستأجر لا تهم إذا كان يقصد اتخاذ الدار مصلى لنفسه ، ولكن إذا تجاوز الأمر إلى إنشائها دارا لعبادة أخرى فى دار الإسلام وجب منع تنفيذ العقد[٢] .

رأى الشافعية :

والإمام الشافعى يصرح بأنه لا يعتد بالنية فى تقرير صحة العقد من فساده ويقول فى كتاب الأم « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر لم أبطله بتهمة وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد العقد وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل

(١) وقد أجاز المذهب الحنفى استئجار المرأة للخدمة ولو أفضى ذلك إلى الخلوة بالمخدوم لأن النهى لمعنى فى غير العقد المبسوط ج ١٦ ص ٥٢ — وكذلك استئجار كاتب لكتابة غناء جائز عند الإمام خلافاً للصاحبين — حاشية الشلبى ج ٥ ص ١٢٥ ويجوز استئجار المسلم لحمل الميتة والدم — الفتاوى الهندية ص ١٠٨ .

(٢) وفى هذا الحل يتشابه المذهب الحنفى مع المالكية فى منع تنفيذ العقد حتى بعد انعقاده صحيحا .

به وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح إنما أفسده بالعقد الفاسد »[١] .

والواقع أننا نجد أمامنا بعض الأحاديث التى تشير إلى الغاية من العقد دون تكليف بالبحث عن النية وذلك أن العاقد لا يمكن أن يكلف شرعاً بتحرى نية العاقد الآخر ، وأقصى ما يكلف به أن يطالب هو بخلاص نيته من الغاية غير المشروعة فعن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه ممن يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيرة » رواه الطبرانى فى الأوسط بإسناد حسن[٢] . وعن عمران بن حصين قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح فى الفتنة .

والحديث الأول يتعلق بقصد البائع للعنب إذا حبس بيعه للناس عنباً حتى يجد سوقه فى الخمر والجزاء هو الوعيد بعذاب الله فى الآخرة .

والحديث الثانى فيه عبارة النهى وليس فيه إشارة إلى قصد البائع أو المشترى . فالعقد عند الشافعى رحمه الله متى تم صحيحاً فى الظاهر فإنه يكون صحيحاً فى الحكم عليه ولا يبحث عن نية العاقد المستورة وإن كانت إذا ظهرت أفسدت العقد ويكره لها هذه النية فلا يتعدى الأمر الكراهة إلى

(١) الأم جـ ٣ ص ٦٥ — الطبعة الأولى — وهذا يتفق مع المذهب فى عدم سد الذرائع.
(٢) بلوغ المرام من أدلة الأحكام للعسقلانى ط سنة ١٩٥٤ كتاب البيوع .

تحريم العقد لأن النية لا تغير موجب السبب والقصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه لأنه خارج عما يتم به العقد ، ولأن المدار على العبارة الظاهرة وهى سليمة أما النيات والمقاصد فتروك أمرها إلى الله[١] .

على أن ما يخفف من القاعدة التى أخذ بها الإمام الشافعى أنه يتفق مع الحنفية فى إفساد بيع الشىء إذا كان لا يحل الانتفاع به شرعاً فإذا كان المحل ذاته غير منتفع به شرعاً فلا يحل بيعه وشراؤه ومن ذلك مثلا آلات اللهو فقد أسقط الشرع منفعتها فإذا كانت هى مالا متقوما عند بعض الحنفية، فإن استعمالها لا يكون إلا لغرض غير مشروع ولذلك لا يجوز بيعها[٢] . كما أن جواز استئجار الكلب للصيد والحراسة فيه وجهان المنع والجواز[٣] ، كما أن هدية الوالد لولده تمنع إلا مع التسوية بين الأولاد[٤] ولا يجوز رهن العبد المسلم عند الكافر أو الأمة البالغة التي تشتهى إلا أن توضع عند عدل[٥] .

رأى المالكية :

ورأى المالكية فى الواقع يختلف فى مبناه عن رأى الشافعية وعن رأى الحنابلة فالمذهب المالكى تتميز نظرته بالواقعية فى مسألة المقاصد والنيات ، وقد ذكرنا أن أول ما يهم هو الغاية إذا ظهرت — ففى الفقه الحنفى إذا ظهرت الغاية غير المشروعة من ظروف العقد كان غير جائز ، والمالكية توسطوا بين رأى

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٠٣ ومحمد سلام مدكور فى الفقه الإسلامى ص ٢٩٦ .

(٢) الوجيز فى فقه الشافعى للغزالى جـ ١ ص ١٣٤ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٣٠ .

(٤) مختصر المزنى جـ ٣ ص١٢٢ — حتى لا تؤدى عند عدم التسوية الى الإيحاش ببعضهم

(٥) الأم جـ ٣ ص١٣٢ — وهذا اعتبار لما ينتج عن العقد قطعا أو بحسب الغالب ولا يجوز رهن المصحف عند كافر وإذا وقع لا ينفسخ ولكن يوضع عند عدل — المرجع السابق.

الحنابلة وبين رأى الشافعية فلم يقولوا ببطلان العقود التى يقصد منها عاقدها غاية غير مشروعة، ورأوا أن يجعلوها صحيحة ولكنهم لا يجوزون أن تبقى آثارها بل يجبر المشترى مثلا على بيع ما اشتراه أو إخراجه من ملكه حتى لا يتخذ وسيلة إلى معصية - قال فى منح الجليل ويمنع بيع آلة الحرب للحربيين من سلاح وكراع وسروج ونحوها ويجبرون على بيعه إن وقع ويمنع بيع الدار لمن يريد أن يتخذها كنيسة والخشب لمن يريد أن يتخذه صليباً والعنب لمن يعصره خمراً كما يمنع بيع جارية لأهل الفساد والذين لا غيرة لهم[1]، وقد جاء فى المقدمات ما يكشف هذه النظرة للمالكية فيما يصح ملكه أنه ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : لا يصح بيعه إما لأنه على صفة لا يجوز عليها كالعبد الآبق وإما لأن الشرع حرم بيعه كالأوقاف ولحوم الضحايا والكلب غير المأذون فى اتخاذه عند بعض أصحابنا .

والثانى: يصح بيعه ما لم يقع على وجه يمنع الشرع منه[2]. فالعبرة هنا هى فى الوجه الذى يقع عليه البيع ويشمل ذلك قصد الوصول إلى غاية غير مشروعة من أحد العاقدين أو كليهما ، ومراعاة الغاية غير المشروعة وسد الطريق إليها وإزالة آثارها الفعلية هو المعتبر عند المالكية ، فإذا اشترى مسلم من ذمى خمراً فإن مالكا يتلفها على المسلم ولا يتركه يردها إلى الذمى ولا يعطى الأخير ثمنها حتى لا يعود أن يبيع خمراً إلى المسلمين[3] .

(١) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠٤ الهامش رقم ١ — وتمنع الهدية إلى القاضى لأنها رشوة — منح الجليل جـ ٣ ص ٤٩ — ولا يجوز رهن خمر عند مسلم ص ٦٠ إذ أن إمساكها محرم .

(٢) مقدمات ابن رشد جـ ٣ ص ٢٠٢ مطبوع على المدونة .

(٣) المدونة جـ ٣ ص ٢٧٩ .

ومن الإجارات المحظورة الاستئجار على ما لا يحل للأجير فعله[١] كحمل الخمر وبناء الدار لصنم ونحوه وكاجارة المسلم نفسه لذمى فهى إجارة مكروهة .

والنظرة العملية للمذهب المالكى والتى اقتضت منع تنفيذ العقد فى بعض الأحيان إذا كان يؤدى إلى غاية غير مشروعة لم تستند إلى النية والكشف عنها عند العاقدين ، بل استندت إلى الغاية نفسها وتحققها أو إمكان تحققها فقد جاء فى الحطاب أن من يشترى آلة لهو يفسخ البيع ويؤدب البائع والمشترى[٢] وكذلك فإن بيع العنب لمن يعصره خمراً وبيع الحرير لمن يلبسه من الرجال ثياباً غير جائز[٣] .

وإذا نظرنا إلى المذهب المالكى وجدنا أنه يعتد بالنية إذا كانت الظروف تكشف عن الغاية بوضوح[٤] فإن شراء الرجل ثياباً من الحرير من الراجح أنها لا تستخدم إلا فى التزين بها وكذلك فإن شراء آلة اللهو لا يستخدم إلا فى التلهى بها غالباً ، ويستوى فى المذهب المالكى القضاء ببطلان العقد الذى يهدف إلى الغاية غير المشروعة أو فسخه إذا تم توقياً لاستمرار أثره .

الحنابلة والمقاصد فى العقود :

لعل أظهر الآراء أخذاً بالباعث على العقد والقصد فيه هو المذهب الحنبلى فهو والمذهب الشافعى على طرفى الخلاف فى مسألة الاعتداد بالقصد فى العقد إذا لم يكن ظاهراً فى صلب العقد أو الصيغة التى تنشئه .

---

(١) المقدمات لابن رشد ص ٣٦٣ .

(٢) الحطاب ج ٤ ص ٢٦٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٦٧ .

(٤) ومع ذلك منع للتهمة ما كثر قصده مثل بيوع ظاهرها الجواز ويتوصل بها إلى الربا كبيوع الآجال والعينة مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ كذلك تمنع هدية المدين إلى المقرض إذا علم غرضه ويراعى حكم العادة حتى لا تؤدى إلى الربا — منح الجليل ج ٣ ص ٤٨

والفقيه الحنبلى ابن القيم يذكر فى أعلام الموقعين نصوصاً صريحة فى الأخذ بالمقاصد والنيات فى العقود — فيقول إن قواعد الشرع وأدلته تظاهرت على أن القصود فى العقود معتبرة وانها تؤثر فى العقد فى صحته وفساده وفى حله وحرمته، بل وأبلغ من ذلك أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحريماً وتحليلا ويصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة أخرى باختلافها[1] — ويضرب على ذلك أمثلة ببيع العنب بنية أن يكون خمرا وهو غير جائز[2] وبنية أن يكون خلا فهو جائز وكذلك السلاح — الذى يبيعه الشخص لرجل يعلم أنه يقتل به مسلماً غير جائز ويصرح بأن من ينوى الحصول على الربا لم تعصمه من ذلك صورة العقد ومن نوى بعقد النكاح التحليل لم تنفعه صورة النكاح.

ويقول ابن القيم ان النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها ويستند فى ذلك إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى »[3].

وذكر ابن القيم الاعتراض الذى قد يوجه إلى ما يذهب إليه من أن الأحكام تجرى على الظاهر مثل إسلام المنافقين وحديث عويمر فى لعان امرأته وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم فيه وحديث ركانة عندما طلق امرأته البتة وسأله النبى صلى الله عليه وسلم عن قصده وجعلها طلقة واحدة، ثم يذكر ان اللفظ بالنسبة إلى مقصد المكلف إما أن يطابقه وإما ألا يكون مريداً لمقتضاه ومريدا لمعنى

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٦ — ٩٧.

(٢) ولا يشترط علم البائع بقصد المشترى غير المشروع — المغنى جـ٤ ص ٢٨٤، ٢٨٥.

(٣) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٣ وهذا الحديث من القليل الذى عد فى حكم المتواتر وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق — غير أنه لا يفيد فى نظرنا حكماً دنيوياً فى صحة العقد أو بطلانه — فلا يعلق التكليف بتحرى النية عند العاقدين وترتيب حكم العقد بناء عليها وإنما المقصود بالحديث ثواب العمل فى الآخرة أو إثم فاعله ديانة بحسب نية العاقد التى لا يعلمها إلا الله.

يخالفه وإما أن يكون ظاهراً فى معناه ويحتمل غيره — ويذكر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أوقع الحد فى التعريض بالقذف وصح ذلك من وجوه ، وأن عمر بن عبد العزيز كان يرى الحد فى التعريض[1] .

ويرد على رأى الإمام الشافعى لا يفسد عقد إلا بالعقد نفسه ولا يفسد بشىء تقدمه أو تأخره ولا بتوهم ولا إمارة عليه « بأنه أصل قد خالفه فيه جمهور أهل العلم وقالوا لا خلاف بين حكم الشرط المتقدم والمتأخر فى الفساد — وان رأى الإمام الشافعى فتح لباب الحيل وإبطال لسد الذرائع ومفاده أن القصود غير معتبرة فى العقود[2] .

ويستدل صاحب أعلام الموقعين على أن القصود معتبرة فى التصرفات وأن الطرق والوسائل تتبع المقاصد فى الحكم بآيات عديدة إذ قال تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله» وقال تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن » كما يستدل بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا » وذكر ابن القيم تسعة وستين دليلا[3] .

وبناء على ما ذكره ابن القيم وهو يمثل وجهة نظر المذهب الحنبلى فإن بيع العنب لمن يعصره خمراً يكون فاسداً وقد ورد فى المغنى التصريح ببطلانه « وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعى»[4] ويستند هذا الرأى إلى قول الله تعالى « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وهذا نهى

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٠ ونكاح المحلل باطل ولو لم يذكر فى العقد أنه للتحليل ص ١٣٦ وما بعدها .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٦ .

(٣) « « « « ١٤٩ — ١٧١ .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٢٨٣ .

يقتضى التحريم — ولايقال ان البيع تم بأركانه وشروطه، فيبطل البيع إذا علم البائع قصد المشترى ذلك اما بقوله أو بقرائن مختصة به تدل على ذلك، فإذا لم توجد هذه القرائن فإن البيع جائز — ومثل ذلك بيع السلاح فى الفتنة ـ فالعبرة بالظروف التى تحيط بالبيع ولا يسأل الشخص إلا عن قصده هو ونيته. ومقتضى ذلك أن القصد يؤثر فى العقد وإن لم يكن ظاهراً فى العقد نفسه ويستند المذهب الحنبلى فى ذلك إلى أن القصود معتبرة فى العبادات وفى المعاملات وأنه يجب أن تسد الذريعة إلى المحرم، ولأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع العصير لمن يتخذه خمرا، وسلاحاً فى فتنة وأقداحاً لمن يشرب الخمر فيها — أماعلم العاقد الاخر بذلك فالمرجع فيه إلى القرائن ولايشترط القطع بذلك جاء فى الفروع: ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمراً قطعاً نقل الجماعة إذا علم وقيل أو ظناً واختاره شيخنا[1] — ومعنى ذلك أنه لا يشترط التيقن من قصد العاقد الآخر ويكفى الظن ففى بيع النبيذ: إنما هو على قدر الرجل[2].

الظاهرية والقصود:

والظاهرية يستندون إلى قوله تعالى « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » فى منع بيع العنب لمن يتخذه خمراً وفى منع بيع السلاح فى الفتنة أو عندما يظن بمشتريه أن يعدو به على المسلمين، وكذلك لم يجوزوا بيع الحرير لمن يلبسه من المسلمين من الرجال لأن هذه البيوع كلها تظاهر على مقاصد الشارع وفسخها تعاون على البر.

---

(١) الفروع جـ ٢ ص ١٧١.

(٢) المرجع السابق ونزعة المذهب الحنبلى واضحة فى الأخذ بالنيات وإمكان الوصول إليها من القرائن المحيطة بالعقد وهو على طرفى نقيض مع المذهب الشافعى.

على أنه إذا لم يثق البائع بشيء من ذلك أى لم يتأكد من قصد المشترى السلاح أو قصد من يشترى العصير فلا بأس من بيعه إليه ذلك أن البيع فى هذه الحالة ليس فيه إعانة على الإثم ويكون المشترى بعد ذلك آثماً إن هو عصى الله فيما اشتراه وقد جاء فى المحلى « فإن لم يوثق بشيء من ذلك فالبيع صحيح » ومعنى ذلك أنه لفساد البيع وتأثير القصد فيه يجب أن يكون البائع متيقناً من قصد المشترى وإذا كان متيقنا من قصده وباع إليه فإنه يكون إعانة له على المعصية تصل إلى حد المساهمة فى ارتكابها عن طريق بيع السلاح فى القتل دون حق — وتقديم الخمر أو ما تصنع منه فى شرب الخمر[1] — وقد أرجع ابن حزم التيقن إلى العاقد نفسه ولم يتركه للظروف كما ذكرنا فى المذاهب التى تمنع بيع القرد وآلات اللهو لأنها تتخذ عادة للتلهى بغض النظر عن قصد العاقد الحقيقى فتقوم المظنة مقام التيقن .

مقارنة بين المذاهب :

والناظر إلى القصد وأثره فى العقود يجد هناك خلافا فى المذاهب الإسلامية من ناحية ما يترتب على القصد غير المشروع ويمكن تلخيص القواعد الآتية :

١ — أن القصد فى ذاته لا يمكن أن يؤاخذ عليه المكلف قضاء — وأنه لم يصرح بأن القصد يصحح العقد ويفسده إلا الإمام ابن القيم فى أعلام الموقعين وهذا الرأى هو طرف فى الأخذ بالقصود يقابله الطرف الآخر فى إطراحها وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعى رحمه الله .

٢ — أن القصد عند الإمام الشافعى لا يؤثر فى العقد ويكره القصد غير غير المشروع والذى لو ظهر أفسد العقد ، إلا أن العقد يكون صحيحاً كما صرح بذلك فى الأم دون اعتبار بالذرائع إذ المذهب الشافعى لا يراعى سد الذرائع .

(١) يراجع المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٢٩ — ٣٠ .

٣ — أن المذهبين الحنفى والمالكى يتوسطان بين الطرفين السابقين . فإذا كان القصد غير المشروع يظهر من قرائن تفيده مثل المعقود عليـه والغالب فى استعماله إذا كان غير مشروع كان العقد فاسدا، وكذلك إذا كان حال العاقدين أو أحدهما بحيث يدل على أن القصد من العقد تحقيق غاية يأباها الشارع فإنه يفسد ـ والمذهب المالكى يأخذ بسد الذرائع إلى الفساد بل انه يزيل آثار العقد عند التنفيذ إذا تبين أنه وسيلة إلى المحظور .

القسم الثاني
تطبيق السبب على العقود

الباب الأول
تطبيق السبب فى العقود اللازمة

تمهيد وتقسيم :

ذكرنا فى القسم الأول — وفى الباب الثانى منه — ما انتهينا إليه من أن السبب فى العقود اللازمة (الملزمة للجانبين فى القانون) هو المعاوضة المعتبرة شرعاً ، وبسطنا فى الفصل الثالث خصائص المعاوضة ومميزاتها فى العقود اللازمة . كما ذكرنا أن السبب فى العقود غير اللازمة هو الغاية المشروعة من التصرف أو العقد ، وتعرضنا للمذاهب الإسلامية فى صدد البواعث وأثرها على العقود . باعتبار أن شرعية الغاية من العقد أو التصرف هى شرط لازم سواء فى العقود اللازمة أو العقود غير اللازمة .

وقد ذكرنا فى منهج البحث من قبل[1] أننا إذا تبينا السبب ، وهو فى العقود اللازمة — كما انتهينا إليه — المعاوضة المعتبرة شرعاً[2] . ثم نظرنا إلى العقود التى تختل فيها المعاوضة التى يعتد بها الشارع . لتبين لنا أن تخلف السبب بمعناه الذى بسطناه هو سبب بطلان العقد . فالعقد اللازم إذا لم تكن المعاوضة فيه على الصورة التى يعتد بها الشارع — بطل العقد لانعدام سببه — إذ المعاوضة المعتبرة شرعاً فى العقد اللازم هى سبب التزام كل من العاقدين بما أوجبه العقد عليه من التزامات ، وتمام هذه المعاوضة يحمل الاجابة على سؤالنا — لم التزم المدين فى العقد اللازم .

(١) راجع ص ١١٧ .

(٢) ويشترط أن تؤدى إلى التوازن فى حقوق العاقدين والتزاماتهما وان تكون الغاية منها مشروعة .

وإذا نظرنا إلى الأسباب التي تفسد المعاوضة لأمكننا ردها إلى ثلاثة أسباب أصلية . فاما أن تختل المعاوضة بسبب طبيعة العقد كما في العقود الربوية وعقود الغرر . فالربا بحسب تعريفه[1] يجعل من العقد الربوى سبباً لاختلال المعاوضة يقيناً والغرر يجعل اختلال المعاوضة محتملا في جانب أحد طرفي العقد بسبب طبيعة الغرر أو الاحتمال الموجود بالعقد ، وقد تختل المعاوضة بسبب الشرط ، كما تختل بسبب ظروف انعقاد العقد كما في بعض العقود التي نهى عنها الشارع لعلة اختلال المعاوضة فيها وقد اخترنا في التطبيق أن نقسم العقود إلى قسمين : العقود اللازمة والعقود غير اللازمة — والأولى تمثل العقود الملزمة للجانبين في القانون وهي التي يراعى فيها معنى التقابل والتعادل بين الالتزامات ، أما العقود غير اللازمة فلا يراعى فيها المعنى الذي تقدم ولذلك يباح لكل من طرفيها أو لأحدهما أن يستقل بفسخها. وهذا التقسيم يجمع في نظرى كل العقود . فضلا عن أن أساسه الارادة والتي تلتزم التزاماً نهائياً في العقد اللازم ، والتزاماً مؤقتاً متوقفاً على صاحب الشأن في العقد غير اللازم .

ونبحث في الفصل الأول من هـذا الباب اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد ، وفي الفصل الثاني اختلال المعاوضة بسبب الشرط . ونبحث في الفصل الثالث اختلال المعاوضة بسبب ظروف انعقاد العقد ، وفي الفصل الرابع نتناول اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين أو بسبب أجنبي ، وسنرى أن بطلان العقد عند انعقاده ، أو فسخه أو تحمل تبعة الهلاك بعد الانعقاد يرجع إلى تخلف شرط التوازن في مضمون العقد في المعاوضة — ويستهدف إعادة هذا التوازن في حالتي الفسخ وتحمل التبعة .

---

(١) فالربا هو فضل مال خال عن العوض شرط لأحد المتعاقدين في مبادلة مال بمال — فانعدام المقابل للربا في العقد الربوى — يجعل اختلال المعاوضة مؤكداً بحسب طبيعة العقد .

الفصل الأول

اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد

أشرنا من قبل إلى أسباب اختلال المعاوضة التي يعتد بها الشارع ، والتي تقوم بدور سبب الالتزام في العقود اللازمة ، ومن بين هذه الأسباب مايرجع إلى طبيعة العقد ، فالربا مثلا هو فضل مال بغير عوض في مبادلة مال بمال ، ومتى دخل الربا عقداً من العقود جعل المعاوضة التي يتضمنها العقد مختلة لصالح من يتقرر له الربا ، والاخلال بالمعاوضة هنا متيقن لأن الربا بذاته يخل بها ، وفي عقود الغرر فإن المعاوضة تختل أيضاً بسبب طبيعة العقد لأنه يحمل في ذاته خطر فوات أحد العوضين وغاية الفرق أن الربا يخل بالمعاوضة يقيناً ، أما الغرر فهو يخل بالمعاوضة يقيناً في جانب أحد الطرفين دون تحديد ، ويكون ذلك الاخلال بالنسبة لكل منهما إحتمالياً [1] ، ومع ذلك يستوى الربا والغرر في الاخلال بالمعاوضة بسبب طبيعة العقد ، ونبحث الربا أولا ثم نثنى بالغرر .

أولا : اختلال المعاوضة بسبب الربا

تعريف الربا لغة وشرعا :

الربا لغة هو الزيادة ، وقد وردت كلمة ربا بمعنى الزيادة في القرآن الكريم جملة مرات كما في قوله تعالى: (يمحق الله الربا ويربي الصدقات) [2] وقوله تعالى :

---

(١) كما لو اشترى شخص ما ينتج من ضربة غائص في البحر وتبين أنها تساوى في القيمة ما دفعه من ثمن فهنا يكمن الغرر في طبيعة العقد وأن لم يؤد إلى اختلال المعاوضة فعلا .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

(وذروا ما بقى من الربا)[١] ، ووردت بمعنى النماء فى قوله تعالى : (فإذا أنزلنا عليها المـاء اهتزت وربت)[٢] وبمعنى الارتفاع فى قوله تعالى : (فاحتمل السيل زبدا رابياً) والمعانى اللغوية كلها ترجع إلى الزيادة أو معناها كالنماء والارتفاع .

وفى الشرع الربا هو الزيادة فى أشياء مخصوصة وهو محرم بالـكتاب والسنة والإجماع[٣] . فالزيادة التى تحصل فى رأس المـال لا يحرمها الشارع من حيث ذاتها ، ولـكن التحريم ينصب على الزيادة التي تعد ربا وهذا اللفظ أصبح مصطلحاً على الزيادة التى يحرمها الشارع ، وهى الزيادة التى تحدث من رأس المـال فقط وبلا سبب من عمل أو نحوه والفارق كبير بينها وبين الزيادة التى تحدث من البيع وضروب التجارة المختلفة ، ولم يكن العرب يميزون بينهما فى الجاهلية . فـكان تعاملهم يجرى بالربا فأوضح لهم القرآن أن الزيادة التى تحدث فى رأس المـال نتيجة التجارة وغيرها من ضروب النشاط الإنسانى زيادة مشروعة بخلاف الزيادة التى تدفع لرأس المـال فقط مجرداً من كل عمل أو نشاط أو جهد إنسانى ، وكان الربا فى الجاهلية « أن يكون للرجل على الرجل الدّين فإذا حل قال له أتقضى أم تربى فإن قضاه أخذه وإلا زاده فى الحق وزاده فى الأجل »[٤] ، وقد اكتفى القرآن الـكريم بتحريمه والنهى عن أخذه والوعيد لمن يقتضيه دون تفصيل اعتماداً على سبق معرفة العرب له فى الجاهلية[٥] ، ونعى القرآن الـكريم على من يماثلون بين البيع والربا وفرق صراحة بينهما فى قوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) والآية تفيد حل البيع وتفيد حرمة الربا

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٨ (٢) سورة الحج .
(٣) المغنى ج ٤ ص ١ .
(٤) مقدمات ابن رشد مطبوع مع المدونة ج ٣ ص ١٨ .
(٥) تفسير ابن جرير ج ٦ ص ٨ ط دار المعارف .

وتفيد الفارقة بينهما إذ لا يستويان صورة أو حكما فالبيع يختلف عن الربا فى حقيقته ويخالفه فى حكمه .

والفرق بينهما أن البيع يقدم فيه البائع السلعة إلى المشترى بعد أن يضيف إلى ثمن السلعة ما أنفقه عليها سواء من مال فى حفظها أو نقلها أو عرضها أو من جهد فى سبيل إعدادها للبيع وتهيئتها للمشترى ، وهنا يدخل الجهد الإنسانى بأية صورة من الصور ويكون ما يقابل الزيادة فى ثمن السلعة حلالا للبائع لأنه جزاء جهد وعمل أو مقابل مال أنفقه . أما فى الربا فالزيادة فى الدين نظير الأجل وإنظار المدين فهى أجرة على التأجيل فحسب . فهى زيادة تتحدد باعتبار المدة وتكون شرطاً فى المعاملة .

حكمة تحريم الربا :

ولا تتحقق العدالة بين طرفى العقد فى المعاملة الربوية فهى تتضمن زيادة فى رأس المال دون جهد إنسانى أو عمل قدمه صاحبه أو دون أن يراعى الدائن ما إذا كان المدين قد استفاد بالدين من عدمه ، والبائع من ناحية أخرى فى البيع يأخذ الزيادة مرة واحدة ، أما الدائن فهو يأخذ الربا باعتبار المدة وقد يتقاضى هذه الزيادة عدة مرات فى الدين الواحد دون أن يقابل ذلك نفقة أو عمل من جانبه ويبدو أن فكرة الربا وما فيها من انعدام الموازنة بين طرفى العقد فى المبادلة المالية ، ومن إخلال بالمعاوضة كما يراها الشارع الإسلامى هى فكرة عامة تحكم المعاملات المالية ، تحقيقاً للتوازن بين التزامات وحقوق كل عاقد إذ تعتبر كل مال لا يقابله عوض فى المبادلة من قبيل الربا ، ومن ذلك ما ورد فى الحديث الشريف «من شفع لأخيه شفاعة فاهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيما من أبواب

الربا[1]» فتى كان المقابل لايعد مالا أو لايجوز أن يعد كذلك لكونه واجباً من الشارع أو ندب إليه لمافيه من صفة العبادة أو القربات . فلايجوز لأحد أخذ بدله ، كما أن بعض الفقهاء يصرح بأن كل عقد فاسد هو ربا[2]، والربا يعتبر محرماً بنص القرآن الكريم فى النهى عن أكل أموال الناس بالباطل، ولو لم يكن محرماً بما ورد فيه من النصوص خاصة لكان فيما يشمله التحريم عامة[3] .

والربا محرم فى الأديان الكتابية فقد ورد فى سفر الخروج ـ الإصحاح الثانى والعشرين ـ « إن اقرضت فضة الفقير الذى عندك فلا تكن له كالمرابى » ـ وفى الإصحاح الثالث والعشرين ـ « لا تقرض أخاك ربا فضة أو ربا طعام أو ربا شىء مما يقرض بربا » وقد سرى تحريم الربا إلى المسيحية من اليهودية ـ وتغالى بعض الدعاة فى المسيحية فى هذا التحريم كما هو شأن مارتن لوثر (مؤسس المذهب البروتستنتى) الذى وضع رسالة تناول فيها التجارة والربا وحرم فيها عدا الربا كثيراً من البيوع رآها تعتمد على الخديعة أو الكسب الحرام .

وفى غير الأديان نجد بعض المذاهب الاقتصادية تأخذ بتحريم الربا وإن كان ذلك فى نظرنا ليس لغاية خلقية أو إنسانية ، وإنما لأن هذه المذاهب ترى فى أخذ فائدة رأس المال ظلما يتساوى عندها مع وجود رأس المال نفسه ، فالقضية عند هذه المذاهب ليست قضية الربا وإنما تتجاوزها إلى بحث أحقية الشخص فى أن يكون له رأس مال يستغله ولو فى إنتاج وتجارة لا ربا فيهما ـ كما نرى بعض المذاهب الاقتصادية تتجه إلى التقليل من قدر فائدة رأس المال باعتبار أن ذلك يساعد

---

(١) صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٠٩ المطبعة التجارية .

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ٦٨ .

(٣) ويقول بعض الفقهاء أن تحريم الربا أمر تعبدى أى لاعلة له وما أبدى فيه إنما يصلح حكمة لتحريمه ـ حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣٢ .

على نحو المشروعات الاقتصادية — ومن الأمور الظاهرة أن المذاهب التى تعرضت لتحريم الربا أو تقليل قدره قد حرمته دون بيان لحدوده أو تعريف جامع مانع له يوضح ما يحرم منه دون غيره ، وحتى فى الأديان الكتابية السابقة على الإسلام كاليهودية والمسيحية لم توضع الحدود والفواصل بين ما يعد ربا وما لا يكون كذلك — بخلاف التحريم الذى ورد فى الشريعة الإسلامية فقد ورد على أمر معروف فى معاملات الناس عند التحريم ، واستغرق من جهد الفقهاء فى تحديده ما لا تعرفه شريعة أخرى أو مذهب من المذاهب .

الرد على مناصرى الربا :

ولم يعدم الربا من يناصرونه من رجال الاجتماع أو الاقتصاد ، فذهبوا إلى أن من يقرض غيره بربا فإنه يعرض ماله للضياع أو لاحتمال الضياع فمن العدل أن يأخذ الدائن مقابلا لذلك الخطر — كما أنه يؤثر المدين بالقرض بإعطائه المال وتكون الفائدة مقابل الإيثار — كما ذكر بعض الاقتصاديين أن الربا مقابل لإتاحة فرصة الانتفاع لمن يقترض — خاصة للانتاج لأن لرأس المال صفة لازمة له هى جلب المنفعة — وأن من يمنح المدين قرضا يتنازل عن حقه فى إنتاج ماله الحاضر توخيا للفائدة فى المستقبل والفائدة الحاضرة أكثر قيمة ونفعاً من الفائدة المستقبلة فيكون أخذ الربا عادلا ومقبولا .

وإذا نظرنا إلى تلك المبررات التى سقناها جملة لمن يرون الربا عادلا ومقبولا فسرعان ما تنهار عند النظر فيها ، ولا يبقى من تبرير لما يصدق عليه وصف الربا سوى الاستغلال أيا كانت صورته ، فدعوى الإيثار لا ترد على تفكير الدائن أو المدين وكيف يؤثر الدائن المرابى مدينه وهو يرهقه بالفائدة ؟ وكذلك دعوى تعريض المال للخطر عند إقراضه — لأن هناك وسائل لحماية المال وهى

مباحة وليس فيها إرهاق للمدين بل وفيها عدل وإيثار كالرهن أو الكفالة ـ ثم كيف يتحدد قدر الخطر على المال وقدر الفائدة ، وإذا جاز أن يتحدد قدر الخطر فمن العدل أن يؤخذ الربا عند ضياع المال فحسب .

أما القول بإتاحة فرصة الانتفاع للمدين المقترض فلا شأن للدائن فى الواقع بانتفاع المدين فالفائدة التى يتلقاها الدائن مؤكدة ومحددة سلفاً، أما انتفاع المدين فهو غير مؤكد ولا يتحدد وقد تزيد الفائدة ويقل الانتفاع أو ينعـــدم ، ولو توقفت الفائدة على انتفاع المدين وعلى حسب قدر الانتفاع لما كانت الفائدة ربا بل ضربا من المشاركة بالمال جائزاً شرعاً ـ أما القول بأن لرأس المال صفة لازمة هى جلب المنفعة فذلك يصدق عند توظيف رأس المال فى الصناعة أو التجارة أو غيرهما من ضروب النشاط الإنسانى ولا يصدق على من يقرض المال وينتظر مضى الأجل حتى يستوفى منفعة رأس المال دون جهد أو عمل ـ والقول بأن الفائدة المستقبلة أقل قيمة من الفائدة الحالة لرأس المال يتسم بقصر النظر فى بعض الأحوال ، وإلا فلماذا يتعب الناس أنفسهم فى الادخار ـ وهو فضيلة فى الاقتصاد ولماذا يأخذ الناس من حاضرهم لمستقبلهم .

وبذلك تنهار تلك المبررات التى تساق للدفاع عما يصدق عليه وصف الربا وفضلا عن ذلك فإن الربا وهو ما يطلق عليه سعر الفائدة فى الاقتصاد ، ينبو أحياناً عن العدل والمنطق ويتراوح بين سعر قليل أو باهظ ويختلف من زمان لغيره ومن مكان لآخر بلا ضابط[1] ـ وإذا كان الإقراض من شخص لآخر

---

(١) أورد الأستاذ عبد الأعلى المودودى أمير الجماعة الإسلامية بباكستان فى كتابه عن الربا وكتابه أسس الاقتصاد بين الإسلام والنظم المعاصرة ـ معدلات سعر الفائدة فى بعض البلاد وبعض الأزمنة مما يستفاد منه ارتفاعها فى بعض الأحيان عن الحد المقبول والذى يؤكد الاستغلال الفاحش للمدين ـ والكتابان ترجما إلى اللغة العربية وصدرا عن دار الفكر العربى بدمشق سنة ١٩٥٥، ١٩٥٨ .

بفائدة فإما أن يكون ذلك الشخص محتاجا للمال لشأن عاجل وهنـــا يكون الاستغلال وانتهاز الحاجة ـ واما أن يكون القرض للاستغلال فى مشروع وهنا فإن الدائن لايهتم بنجاح المشروع أو فشله مادام ربحه هو مؤكدا ولا يعبأ بنوع الاستغلال أو نجاحه أو فائدته للناس ، ولا يخفى ما فى ذلك من أثرة وبعد عن التعاون بين الناس ـ أما إذا اقترضت الحكومة من أهالى البلاد لتحقيق ماتراه ضروريا للبلاد فإن من يمتنع عن إقراض حكومة بلده التى تسعى حقا لتحقيق مشروع وطنى سليم إلا بفائدة معينة ـ لا يخلو مسلكه من نقد وهو ومن يضحى بنفسه فى سبيل بلده على طرفى نقيض ـ وكذلك قروض الدول والحكومات لبعضها فإن اشتراط الفائدة فيها وارتفاع سعرها أحيانا يخالف ما يقتضيه التعاون الدولى بين الأمم ـ وهو بعد دعوى كل الدول والحكومات الغنية بلا برهان .

أنواع الربا شرعا :

يقول أبو بكر الجصاص ان الربا فى الشرع يقع على معان لم يكن الإسم موضوعا لها فى اللغة ويدل عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم سمى النساء ربا فى حديث أسامة بن زيد فقال «إنما الربا فى النسيئة» وأن النبى عليه الصلاة والسلام قبض قبـل أن يبينه كما ذكر عمر بن الخطاب[1] وقد ورد أنه رضى الله عنه تمنى أن يعلم أبواب الربا جميعا ، غير أن فيها مالا يخفى على أحد كبيع الذهب بالورق والورق بالذهب نسيئاً[2] وقد أورد الشافعى تعريفاً للربا فى الرسالة بما يماثل ربا الجاهلية ـ وأشباه له كثيرة كما قال الإمام الشافعى[3] ويقول ابن عابدين

(١) أحكام القرآن جـ ص ٥٥١ ، ٥٥٢ المطبعة البهية .

(٢) المدونة جـ ٣ ص ص ١١٤ .

(٣) الرسالة ص ٢٣٤ طبعة سنة ١٩٤٨ .

« الربا شرعا فضل مال ولو حكما خال من العوض فيدخل ربا النسيئة والبيوع الفاسدة فكلها من الربا » وهو فضل مال خال من عوض شرط لأحد العاقدين فى معاوضة مال بمال وعلته القدر والجنس[1] والذى يعنينا من تعريف الربا أنه على أى صورة يظهر فيه اختلال المعاوضة فى العقد الذى يدخله الربا ، فهو يمثل صورة من صور المبادلة التى يأباها الشارع الإسلامى إذ يقتضى أحد العاقدين مالا لا يقابله عوض ، مع أن من شروط الشارع فى المعاوضة كما ذكرنا أن يتحقق التوازن العقدى بين طرفيها كما يظهر أيضا أن السبب فى تحريم الربا هو اختلال المعاوضة فحسب ، فليس هناك ما يدعو إلى التحريم فى تبادل المال الذى يباح التعامل فيه على ذلك النحو العـــام إلا علة اختلال المعاوضة أو المبادلة التى يدخلهـا الربا .

والربا المحرم يشمل ربا النسيئة وربا الفضل[2] والنوع الأول كان معروفا فى الجاهلية وتعامل به العرب ، فلما نزل القرآن بتحريم الربا كان ما يصدق عليه هذا الوصف قائماً فعلا — ولا خلاف فيه من أحد والنوع الثانى حرمته السنة وينتهى الأمر فيه إلى رفع الخلاف بشأنه كما سنرى .

ربا النسيئة :

كان ذلك النوع من الربا معروفاً فى الجاهلية ولذلك فهم العرب من آيات القرآن أن ذلك الربا الذى كان سائداً قد بطل بنزول القرآن ، وهو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة مال على المقترض[3] ، وهو ربا النسيئة وهى التأجيل

---

(١) مجمع الأنهر — المجلد الثانى ص ١٣ طبعة دار الطباعة العامرة ، تبيين الحقائق زيلعى جـ ٤ ص ٨٥ المطبعة الأميرية

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٧ .

(٣) أحكام القرآن جـ ١ ص ٢٥٧ ، تفسير الطبرى جـ ٦ ص ٨ ط دار المعارف .

وقد نص على تحريمه فى القرآن الكريم وهو مجمع على التحريم فيه ، ولا يعلم فيه خلاف فى عصر من العصور ، وقد ورد ذكره فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد « إنما الربا فى النسيئة » وفى رواية « لا ربا إلا فى النسيئة » وقد بينه الرسول صلوات الله عليه فى حجة الوداع فى قوله « ربا الجاهلية موضوع » . وكان يتخذ فى الجاهلية وسيلة للتجارة وإنماء المال فأقر الإسلام إعطاء المال والاشتراك فى الربح أو الخسارة وأبطل الربا لأن من المقررات الشرعية أن الغنم بالغرم .

ويشمل التحريم كل الديون فلا يقال أنه خاص بدين محتاجه للمقترض دون دين يقترضه للاستغلال ، ذلك أن النص فى تحريم هـذا النوع من الربا عام لا يخصص بلا دليل ، ولأن الأغنياء فى الجاهلية ما كانوا يقرضون محتاجاً بربا حتى يتخصص ربا الجاهلية بذلك ، وقد كان معروفاً فى الجاهلية دفع الشخص ماله لغيره إلى أجل ويتقاضى منه الربا على فترات مع بقاء رأس المال على حاله حتى يطالب به [1] . وقد حرم هذا النوع من الربا تدرجاً لا طفرة كالشأن فى تحريم الخمر ، فبدأ القرآن الكريم بالموازنة بينه وبين الزكاة فى النماء من عند الله وللثوبة . ثم نزلت آية أخرى نهت عن أكل الربا أضعافاً مضاعفة ثم قال تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وهو قاطع فى التحريم .

وروى أن ابن عباس رضى الله عنه لا يرى الربا فى غير النسيئة ذلك أنه روى حديثاً عن أسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا ربا إلا ربا النسيئة » ولا يحرم ربا الفضل فى هذا الرأى ، ويقول الجصاص أن الربا الوارد فى القرآن هو ربا الجاهلية دون غيره ، وقد كان مع ابن عباس رضى الله عنه فى رأيه هذا

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ١٣٤ .

جماعة من الصحابة والتابعين منهم أسامة بن زيد وعبد الله بن مسعود وعطاء ابن رباح ، ومستند هذا الرأى قد يقوم فى أن التعريف فى الربا باللام يفيد العهد أى الربا الذى كان معهوداً فى الجاهلية وأن سياق الآية الكريمة التى حرمت الربا يفيد عن نوع واحد من الربا هو ربا النسيئة .

غير أنه قد ثبت أن ابن عمر وابن مسعود رجعا عن الرأى السابق إلى ما ذهب إليه الجمهور من تحريم ربا الفضل، وحتى ابن عباس رضى الله عنه روى عنه الرجوع عن هذا الرأى وقيل أنه مات رضى الله عنه مصراً عليه . فقد اعترض عليه فيه أبو سعيد الخدرى فأصر عليه ، وقال جابر رضى الله عنه أنه رجع عنه[1] .

وقد حاول البعض أن يوفق بين ما ذهب إليه ابن عباس رضى الله عنه وما رآه الجمهور من تحريم ربا الفضل . بالقول بأن حديث أسامة الذى رواه ابن عباس صحيح بروايتيه . فرواية لا ربا إلا فى النسيئة ظاهرها يقضى بالقول بأن ما عداه ليس محرماً ويجوز أن يكون ذلك الظاهر مصروفاً إلى الغالب الأعم ، ورواية « إنما الربا فى النسيئة » يتقدم عليه حديث ربا الفضل لأنه نص فى تحريمه والأول يدل على غير ذلك من باب دليل الخطاب[2] . على أن حصر الربا المحرم فى ربا النسيئة يخرج من دائرة الربا القرض الذى يشترط فيه فائدة عند القرض ويخرج منه بيع الجنس بجنسه تفاضلا ، وقد ذهب البعض إلى أن درجة

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ١١١ — ١١٢ تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٠ ص ٥٠ وقد انتقد الرأى بقصر التحريم على ربا النسيئة وذكر أحاديث النهى عن ربا الفضل ص٥٩ وما بعدها، والربا على ضربين ربا الفضل وربا النسيئة المغنى جـ٤ ص ١ — ٥ وأورد أن ابن عباس رجع إلى قول الجماعة .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٦٣ .

التحريم فى ربا النسيئة أشد من درجته فى ربا الفضل والذى يعد منهياً عنه للكراهة لا التحريم [1] لأن الأول هو الذى يظهر فيه العنت بالمدين .

القرض وربا النسيئة :

والقرض رغم أنه الصورة الغالبة لربا النسيئة . فإنه لا يعد من العقود الربوية فى الفقه الإسلامى لأنه عقد غير لازم . فالأصل فى القرض أنه تبرع ، وطبيعته أنه تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء . غير أن القرض أياً كان وصفه قد يتخذ وسيلة للربا .

وقد نص الفقهاء على تحريم القرض الذى يجر منفعة إذ لا يجوز أن يؤدى القرض إلى منفعة للمقترض لأنها تكون ربا ، وسواء كانت هذه المنفعة ظاهرة فى العقد مشترطة فيه أو كانت مستترة تحت اسم آخر ، وقد منع مالك قبول هدية المدين إلا أن يكون ذلك معروفاً بين المدين والدائن قبل الدين واستند إلى رد عمر بن الخطاب هدية من دائنه ثم قبلها لما تيقن انقطاع الصلة بينها وبين الدين [2] . فلو شرط زيادة قدر أو صفة فسد القرض فلا يجوز شرط الأجل فى القرض ويجوز له أن يشترط كفيلا أو رهنا لأنه إحكام عينه غير أنه لا يجوز أن يشترط القرض بدين آخر [3] .

والقرض عند المالكية مكرمة ويجوز الرجوع فيه فى الحال ، ويتفق الحنابلة فى ذلك مع المالكية إذ القرض مندوب إليه ويعتبر الاقراض لمسلم كالصدقة

---

(١) نشر الأستاذ زكى الدين بدوى مقالا فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٩ ص ٤٢٢ — ٤٤٠ رد فيه على رأى السيد رشيد رضا بقصر التحريم على ربا النسيئة .

(٢) المدونة الكبرى ج ٣ ص ١٩٤ — ١٩٥ ، ص ٢٠٠ .

(٣) الوجيز للغزالى ج ١ ص ١٥٨ .

عليه[1] ، ويدل ذلك على أن القرض تبرع وأنه فى الأصل لا صلة له بالربا . فالقرض لا يقابله عوض فى الحال[2] ، وبذلك لا يكون فيه معنى المعاوضة عند انعقاد العقد غير أن القرض كما ذكرنا قد يستخدم ذريعة للربا — ولذلك لم يجز القرض الذى يجر منفعة لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قرض يجر نفعاً . فالزيادة المشروطة تشبه الربا لأنها فضل مال لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهته واجب[3] . على أن للمذهب الحنفى يجيز أن يكون القضاء فى القرض أفضل من الأداء لقول النبى صلى الله عليه وسلم « خيار الناس أحسنهم قضاء » وذلك إذا لم تكن الزيادة مشروطة فى العقد لأن اشتراط الزيادة فى القضاء حرام بلا خلاف[4] .

وإذا كان الأصل فى القرض أنه تبرع فلا يجوز أن يجر نفعاً لأنه حينئذ يكون ذريعة للربا وتكون الغاية منه غير مشروعة . فالسبب فى عقد القرض ليس هو المعاوضة التى يعتد بها الشارع لأن طبيعة القرض عند الشارع أنه تبرع ولا يشترط أن يكون هناك توازن فى الالتزامات والحقوق بين عاقدية إذ يجب أن تتحرر له هذه الصفة كاملة ، وألا يتخذ وسيلة إلى ما حظره الشارع .

القرض فى القانون :

وقد نظم القانون المدنى القرض ، ومن أهم ما جاء فيه موافقاً للفقه الإسلامى أنه جعل الأصل فى القرض أنه تبرع فى المادة ٥٤٢ مدنى ، إذا لم يكن هناك

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٣٥٣ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٣٩٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٠٢ ، والمغنى جـ ٤ ص ٣٦٠ إذ القرض لنفع آخذه فقط منح الجليل جـ ٣ ص ٤٦ .

اتفاق على الفوائد ، وأباح القانون كذلك أن يسدد المدين الذى تسعفه الظروف الدين بغض النظر عن الأجل بشروط ميسرة ، وفى ذلك تمكين للمدين من إسقاط الفوائد (المادة ٥٤٤ مدنى) . غير أن القانون نص على حد أعلى لسعر الفائدة فى المادة ٢٢٧ مدنى هو ٧ ٪ ، ومنع تقاضى الفوائد المركبة أو أن تكون أكثر من رأس المال ، والواقع أن تنظيم الفقه الإسلامى للقرض يتمشى تماماً مع كونه عقداً غير لازم — وتبرعاً — أما القانون فقد جعل القرض عقداً ملزماً للجانبين وإن أجاز للمدين بعد ستة أشهر من القرض أن يستقل بفسخه بشروط معينة (م ٥٤٤ مدنى) قبل الأجل المتفق عليه طبقاً للمادة ٥٤٣ مدنى ، وهذه الأحكام تستهدف التقليل من مضار الربا لصالح المدين[1] .

ربا الفضل :

والنوع الثانى من الربا هو ربا الفضل ، وهو ربا البيوع وهو أصل عظيم من أصول المعاملات فى الفقه الإسلامى ، وسبب من أهم أسباب الفساد فى المعاوضات حتى أن بعض الفقهاء يصرح بأن كل عقد فاسد هو ربا ، وربا التفاضل محرم بالسنة النبوية الصحيحة ، ويتفق مع تحريم أكل أموال الناس بالباطل وهى قاعدة منصوص عليها فى القرآن الكريم .

من ذلك ما رواه عبادة بن الصامت « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى » وقد جاء فى حديث عبادة : فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم

---

(١) بل إن المصلحة هى التى جوزت عقد القرض فى الفقه الإسلامى — إذ خولفت فيه ثلاث قواعد أولها الربا فهو يجوز وإن كان فى الربويات والمزابنة وهى بيع المعلوم بالمجهول من جنسه والثالثة هى قاعدة لا تبع ما ليس عندك (الفروق ج ٤ الفرق ٢٠١) .

إذا كان يداً بيد [1]. رواه أحمد ومسلم وروى مثله أبو سعيد الخدرى كما روى حديث « لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا » أى لا تزيدوا منها غائباً بناجز رواه البخارى ومسلم .

وكذلك حديث شراء التمر بالرطب ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه لسائل سأل عن نقص الرطب إذا يبس ، رواه مالك وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، وكذلك حديث فضالة بن عبيد فى بيع ذهب القلادة فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم — حتى يفصل — رواه مسلم والنسائى وأبوداود والترمذى . كما رُوى أيضاً نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن شراء التمر الجنيب صاعاً بصاعين من التمر الجمع ، ونصح عليه السلام بالشراء مثلا بمثل أو يبيع أولها ويشترى بثمنه من ثانيهما [2] رواه أبو هريرة وأبو سعيد الخدرى . وروى فى المجموع عن زيد بن على عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله ، وفى الصحيحين أن الرسول عليه الصلاة والسلام وصفه بأنه عين الربا .

وقد ورد حديث الربا فى البيوع أو ربا الفضل فى صحاح السنة ويكاد يكون مجمعاً عليه فيما عدا أن بعض الأحاديث ورد فيها الذرة بدل الملح أو الزبيب بدلها وليس ذلك بذى شأن ، فكل رواية منها لا تفيد القصر على شىء معين وقد يفيد تعدد الرواية فى بيان علة التحريم . غير أن ابن حزم الظاهرى يقصر الربا على التمر والقمح والشعير والملح والذهب والفضة ، وهو فى القرض فى كل شىء فلا يحل إقراض شىء ليرد إليك أقل ولا أكثر ولا من نوع آخر

(١) ومعنى ذلك أنه إذا اتحدت الأجناس فى هذه الأشياء يحرم التفاضل ويحرم النساء (أى التأجيل) — أما إذا اختلفت الأجناس كبيع فضة بذهب فإن التأجيل (أو النساء) هو الذى يحرم فحسب — إذ يشترط كما هو نص الحديث التقابض فى المجلس ، وسنشير إلى حكمة منع التأجيل فى القبض فيما بعد .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٤ ص ٥٥ — ٥٧ — وهو ليس حيلة فى تجويز الربا كما أراد البعض أن يصور مشروعية الحيل — أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٩٤ .

أصلا ولكن مثل ما اقرضت[1] ولم يأخذ ابن حزم بعلة من العلل فى تحريم ربا الفضل فى هذه الأشياء فكلها دعوى بلا برهان وأفاض فى الرد على العلل التى ساقها الجمهور كالطعم أو القوت أو الإدخار أو الثمنية أو الزكاة[2] .

حكمة التحريم فى ربا الفضل:

وقبل أن نعرض لمذاهب الفقهاء فى علة التحريم ، فإنه يبدو لنا أن تبادل الأشياء التى ورد النص عليها لا يخلو الحال فيه من أمرين فإما أن تكون متجانسة تماماً وبذلك لا تكون هناك فائدة من التبادل ولا يظهر وجه لهذا التبادل لأن الإنسان لا تعرض له حاجة معقولة لمبادلة شىء بمثله تماما ، ويخلو العقد من الفائدة فلا يكون مشروعا ، وإما أن تكون هذه الأشياء متفاوتة ويكون تبادل صنف منها بصنف آخر مفضيا إلى منفعة لأحد المتعاقدين كأن يكون هناك الأدنى والأعلى — وفى هذه الحالة قد تظهر فائدة التبادل ولكننا نكون أمام مظنة الربا لاسيما إذا دخل الأجل فى هذه المعاملة فيفضى ذلك إلى أن يكون القدر بأكثر منه مع اتحاد الجنس مراعاة للأجل أو للحاجة وهو مالا ترتب عليه الشريعة الإسلامية أثراً ، ولذلك قضت الشريعة بأن يكون تبادل هذه الأشياء مع اتحاد الجنس سواء بسواء فى القدر بغض النظر عن الفروق ، وهناك باب يتسع لإدراك قيمة الفروق وانتفاء مظنة الربا ، وهو ما أشار إليه الرسول صلوات الله عليه : بأن يباع أحدهما ويشترى بثمنه من الآخر ، وعندئذ يدخل النقد ضابطا للمعاملة فى كل وقت ، وفى السلع جميعها ،

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ٤١٧ المسألة ١٤٧٩ ولا نعرف سبباً لتحريم رد القرض بأقل منه إذ قد يكون تبرعاً من المقرض .

(٢) المرجع السابق ص ٤٦٨ — ٤٧٦ .

وكذلك الحال فى مبادلة الدنانير والدراهم وكانت كلها من الذهب الخالص أو الفضة الخالصة ولا تعرض حاجة لتبادلها بذاتها إلا إذا كان مقصوداً بذلك الحصول على فارق القيمة بينها بذواتها إذا كان التعامل يداً بيد أو الحصول على فارق السعر عند دخول الأجل ، ومن شأن ذلك أن يخلق لدى الشخص عقلية المرابى ومسلكه فى الكسب دون جهد أو إنفاق — فالدنانير والدراهم وضعت للتقويم وهى أصل الأثمان وليس فى تبادلها ما يحقق منفعة اقتصادية فنهى الإسلام عنه على أنه من الميسور أن يكون التبادل إذا اختلفت الأجناس فورياً فتتم المعاملة بحسب سعر السوق ولا يكون هناك ربا — أما عندما يتداخل الأجل فإنه يؤدى إلى الربا والاسترباح دون عمل فمن يتبادل ذهبا بفضة مع دخول الأجل فإنه يكون ملزما بأن يرد قدراً من هذا أو ذاك وقت حلول الأجل ولا شك أن السعر قد يختل عند حلول الأجل لصالح أحد الطرفين وعلى حساب الآخر . وينشأ لدى المتعاملين بذلك — تفكير المرابى الذى يقصد إلى الربح دون جهد أو عمل مستفيدا من مضى الأجل ولا شأن له به ومن تغير السعر ولا يد له فيه فنهى الإسلام عن ذلك حتى لا تختل المعاوضة لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر ، والعلة فى الربا عموما — هى — حياطة الأموال أو منع الغبن . كما يقول ابن الماجشون[1] .

علة التحريم عند الفقهاء :

أما الفقهاء فقد اختلفوا فى شأن علة التحريم فى الأموال الربوية[2] . فقال بقصر الأموال الربوية على ما ورد فى النص طاوس وقتادة وعثمان البتى

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٠٧ .

(٢) وذكر البعض أن تحريم الربا تعبدى ولاعلة له — وما قيل إنما يصلح حكمة لتحريمه — حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ٣٢ .

وأبو سليمان ، وأخذ الظاهرية بهذا القصر لأن ما ساقه الفقهاء من علل للتحريم لا يضطرد[١] ولا دليل عليه وأفاض ابن حزم فى إبطاله .

والحنفية اعتبروا العلة القدر واتحاد الجنس، والوزن والكيل هو القدر فيجرى الربا فى تبادل كل جنس بجنسه فى هذه الأشياء[٢] واستندوا إلى أن الحديث جعل تبر الذهب وعينه سواء مما يفيد أن المماثلة فى الوزن . كما جعل جيد الحنطة ورديئها سواء مما يفيد أن المماثلة فى الكيل ، وبذلك يمتد التحريم إلى الأرز مثلا لأنه يكال وإلى الحديد أو النحاس لأنه يوزن . فلا يصح مبادلة هذه الأشياء فى الجنس الواحد إلا بمثلها وزناً أو كيلا ، وهذه العلة فى الواقع توسع من ربا الفضل ولا تدعو حاجة للتوسع فيه . إذ هى علة عامة فى معظم المحاصيل والمعادن ورفض الحنفية أن يكون التعليل فى الأشياء الربوية بالطعم أو الثمنية لأنه لا يستقيم فى كل ما ورد فى الحديث ولا يضطرد مع بعضه[٣] ، ولذلك نجد أن العرف قد يضيق من التوسعة التى يؤدى إليها الرأى السابق فإذا جرى العرف بإهدار فرق الوزن فى تبادل شىء مما يوزن كالأرغفة مثلا فإنه يجوز التبادل فيه[٤] .

والعلة عند المالكية فى منع التفاضل فى الأربعة أصناف التى اشتمل عليها الحديث عدا الذهب والفضة أنها الادخار والقوت أو الادخار إذا لم يكن مقتاتا ، والعلة فى الذهب والفضة أنهما يعتبران رأساً للأثمان وهى العلة القاصرة لأنها لا توجد إلا فيهما . أما النساء فالعلة فى التحريم الطعم والادخار فإذا اختلفت الأصناف

---

(١) المحلى جـ ٨ ٤٦٨ — ٤٧٠ — راجع ما تقدم ص ٣٢١ .

(٢) المبسوط جـ ١٢ ص ١١٠ — ١٤١ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٧٤ ، مجمع الأنهر المجلد الثانى ص ٨٣ ، درر الحكام جـ ٧ ص ١٨٦ الطباعة العامرة ، ويوافق الحنفية فى علة الربا — الروض النضير جـ ٣ ص ٢٢٤ .

(٣) المرجع السابق ص ١١٧ — ١٢٠ .

(٤) رد المحتار جـ ٥ ص ١٨٧ .

جاز عندهم التفاضل دون النساء فالعلة هى الادخار والقوت بالمقابلة للقدر واتحاد الجنس عند الحنفية[1] .

وأما الشافعية فقد رأوا العلة فى التحريم بالنسبة للذهب والفضة هى الثمنية وفى غيرهما من الأصناف الأخرى الطعم [2] لأن أحاديث الربا اتفقت كلها على الذهب والفضة واختلفت فى الأربعة الأخرى بوضع الذرة مكان الملح أو الزبيب بدلهما ، فدل ذلك على اعتبار الطعم لأنه جامع بينها، وألحق الشافعية بهذه الأشياء مطعومات أخرى كالفول والأرز حتى اختلف عندهم فى الماء لأن بعضهم عده مطعوماً فى قوله تعالى « ومن لم يطعمه فإنه منى » .

والمعنى الذى راعاه الشافعيــة فى بيان علة التفاضل فى الأشياء الربوية وما يلحق بها أنها عند التبادل فيها زيادة خطر فى محالها ولا يخفى ذلك بالنسبة للذهب والفضة، والأربعة أصناف الأخرى تتعلق بالانتفاع بها حياة الناس ولذلك لم يصح عند الشافعية قياس غير المطعوم على المطعوم أو قياس غير الأثمان على الأثمان [3] .

والعلة عند الحنابلة بالنسبة للذهب والفضة على قولين أحدهما الوزن كما ذهب الحنفية والقول الآخر الثمنية كما يذهب الشافعية ، وفى الأصناف الأربعة الأخرى أنها مكيل جنس أو مطعوم جنس وبذلك يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه . مطعوماً كان أو غير مطعوم ولا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن أو يجرى فى كل مطعوم بجنسه [4] .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٠٦ الطبعة الأولى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧ طبعة مصطفى محمد ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٤٠ ط سنة ١٣٢٩ هـ .

(٢) المجموع شرح المهذب جـ ١٠ ص ٨٩ .

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ١١١ .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٥ — ٦ مطبعة الإمام .

صياغة الذهب وأثرها :

على أن بيع الذهب بالذهب إذا خلا من تقدير ما يدخل على أحدهما من الصياغة (كما فى الحلى) قد يوقع فى الحرج وفى ضياع قيمة عمل من الأعمال المباحة وهى صياغة الذهب والفضة حلياً وقد منع عبد الله بن عمر ذلك ، واعترض أبو الدرداء على معاوية حين باع سقاية من الذهب بأكثر من وزنها وأسمع معاوية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال معاوية « لا أرى بهذا بأسا » وقد جاء فى المنتقى شرح موطأ مالك : يحتمل أنه رأى القياس مقدماً على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك [1] .

وثمة رأى دقيق فى هذه المسألة بسطه ابن القيم وميز فيه بين نوعين من التبادل فى تبادل الذهب والفضة . ففرق أولا بين مبادلة ما فيه أثر لصنعة الآدمى وما لا يكون فيه فضل لأحد فى تفاوته كالتمر بالتمر . أما الذهب المصوغ فلا يقال لصائغه أن يبيعه بوزنه ويخسر عمله حتى لا يترك هذا العمل المباح كما لا يفتح أمامه باب الحيل [2] . غير أن ابن القيم يمنع تبادل المسكوكات ببعضها مع التفاضل لأن صياغتها وسكها تجرى لمصلحة عامة ، وهى أداة التقويم وليست للاتجار ويتقاضى صائغها أجرة من الحاكم [3] .

استثناء من ربا الفضل :

وثمة استثناء ورد به الشرع من ربا الفضل وحكمه ، وجاز بمقتضاه بيع

---

(١) المنتقى جـ ٤ ص ٢١٢ ، ٢٦٠ .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٠٢ — ١٠٦ .

(٣) المرجع السابق — وهو نظر دقيق مبناه تحرى العلل واعتبار المصالح فى المنع والإباحة وأجاز الحنابلة للصائغ أخذ أجرة الصياغة فى خاتم الفضة ، والشافعى أبطل عمل الصائغ وقال لا خير فيه — تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٠ ص ٨٧ مطبعة التضامن .

الرطب فى رؤوس النخل بخرصها من التمر ، وهذا هو حكم العرايا[١] وقد أجازها النبي عليه الصلاة والسلام للحاجة ، ولا يأخذ الإمام أبو حنيفة بهذا الحكم ورد حديث بيع الرطب على التمر لأن هذا الحديث دار على زيد بن أبي عياش وهو ممن لا يقبل حديثه واستحسن منه هذا الطعن أهل الحديث[٢] .

على أن حكم العرايا هو قول مالك والأوزاعى والشافعى وهو عند ثبوت حكمه استثناء من حكم بيع الشىء بجنسه متفاضلا ، واختلف الفقهاء فى كيفية العرايا[٣] وشروطها .

والترخيص فى العرايا عن النبى صلى الله عليه وسلم ورد فى الموطأ عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وورد الترخيص فى خمسة أوسق فى حديث أبى هريرة ، وأساس الترخيص هو الحاجة ، وقدرها فى الكمية خمسة أوسق أو ما دونها وأن يشترى بخرصها من التمر المعلوم الوارد وأن يكون المشترى محتاجا إلى الرطب لطعامه ولا نقد معه لشرائه وأوجب الشافعى أن يكون ذلك يداً بيد .

وقد رأينا رأى ابن القيم ومستنده فى إباحة بيع الذهب المصوغ بأكثر من وزنه ، وإجازة بعض الفقهاء تبادل ما تعارف الناس على إهدار الفرق فى الوزن فيه كارغفة الخبز وكل ذلك يدعو إلى عدم التوسع فى ربا الفضل .

---

(١) المغنى ج ٤ ص ٥٢ ، الأم ج ٣ ص ٤٧ .

(٢) التلويح على التوضيح ج ١ ص ٦ ، المحلى ج ٨ ص ٤٦٢ .

(٣) وقد اختلفت تصورات الفقهاء لها ويبيح حكم العرايا أن يتبادل الشخص مع آخر الرطب والتمر وهما من جنس واحد ويشترط القدر الذى يجرى فيه التبادل والحاجة للرطب للطعام — وعدم وجود النقد مع من يحتاج للرطب للطعام — المغنى ج ٤ ص ٥٧ مطبعة الإمام .

حكم الربا وأساسه :

ولا شبهة فى بطلان العقد الذى يتضمن الربا — بل ان هذا البطلان ليس هو الجزاء الوحيد الذى يقع على الطرف الذى يتقرر الربا لمصلحته فإنّ الربا يعد كبيرة من الكبائر فى الدين ويعد جريمة ليس فيها حد مقرر فى الفقه الإسلامى ويعاقب عليه الحاكم بالتعزير شأنه شأن ما لم يرد فيه حد من الجرائم ، فمن استحل الربا فهو كافر حلال الدم فإن تاب وإلا قتل ، وأما من باع بيعاً أربى فيه غير مستحل الربا فعليه العقوبة الموجعة إن لم يعذر بجهل ويفسخ البيع ما كان قائما فى قول مالك وجميع أصحابه، ويكون للشخص رأس ماله سواء قبض الربا أو لم يقبضه فإن قبضه ردّه إلى صاحبه[1] .

غير أن البعض فرق بين ربا النسيئة وربا الفضل فى الحكم ، وجعل الأول محرما ، والثانى مكروها وقد أشرنا إلى ذلك من قبل ، ولكن التحريم واحد فى كليهما ، وقد استند من قال بالتفرقة إلى الترخيص فى العرايا وهو عليه فى التدليل لأن الترخيص لايكون إلا من محظور والنهى فى الأصل يكون محمولا على التحريم ولا يصرف إلى الكراهة إلا بقرينة ، وأما أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ببيع التمر الردئ وشراء غيره بثمنه فهنا يدخل النقد حاكما ولا تقوم مظنة الربا فلا يعد هذا تجويزاً للربا بل يقصد به نفيه بدخول أداة التقويم .

غير أننا مع ذلك نرى فارقا بين ربا الديون وربا الفضل،وهذا الفارق ليس فى الحكم ولكن فى أساس التحريم ، فربا الديون محرم بذاته، أما ربا الفضل فهو فى نظرى محرم سداً للذرائع ويرجع ذلك إلى أنه فى ربا الديون فإن الربا يكون مقابلا للزمن وهو ما قصد منعه — بخلاف ربا الفضل — والذى يهدف

---

(١) مقدمات ابن رشد مطبوع مع المدونة جـ ٣ ص ١٩ — ٢٣ .

التحريم فيه إلى سد الذرائع على من يقصد الاسترباح من عملية التبادل بلا مال أنفقه ولا جهد أو صناعة فى الشىء الذى يتبادله .

مسألتان تتعلقان بالربا :

أولا : الزيادة فى الثمن نظير الأجل : إذا أضاف البائع فى ثمن السلعة التى يبيعها عند بيعها الأجل فهل يعد ذلك ربا محرما أم لا؟ وترجع أهمية المسألة إلى أن هذا النوع من البيوع تقتضيه ضروب التجارة وقد أجاز هذه الزيادة بعض الحنفية وكرهها بعضهم ، وأجازها المالكية والشافعية والحنابلة لأن هذه الزيادة فى الثمن لا تعد ربا نسيئة ولا تعتبر ربا فضل ، ويرجع من كرهها الأمر فيها إلى أن الزيادة مقابل التأجيل فهى من حقيقة الربا ، أما الآخرون فيرون أن حل البيع ثبت عاما فى القرآن وهذا نوع من البيوع تقتضيه أعمال التجارة كما أن الزيادة لا تتعين عوضا عن المدة فقد تكون بسبب حاجة البائع أو توقعه رخص الثمن فى المستقبل ، ومن ناحية أخرى فقد أباح الشارع أن تكون المدة عوضا عن المال فيما رواه ابن عباس من أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد إخراج بنى النضير جاءه قوم منهم واحتجوا بأن لهم على الناس ديون لم تحل ، فأشار عليهم النبى صلى الله عليه وسلم بأن يضعوا ويتعجلوا[1] أى يضعوا عن المدينين لهم جزءا من الدين نظير الوفاء المعجل ، غير أن الحط من الدين للتعجيل لا يتساوى مع الزيادة فى الثمن عند التأجيل والحط من الدين قد ورد النص بجوازه[2]

---

(١) الإمام زيد للاستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ وقد انتقد استدلال صاحب الروض النضير بهذا الحديث على جعل المدة عوضا عن المال .

(٢) وقد ورد فى المغنى لابن قدامة ان الحط من الدين إذا طلبه المدين لا يجوز إذا أراد التعجيل بالوفاء وكره ذلك زيد بن ثابت والمقداد وسعيد بن المسيب والشافعى وأبو حنيفة ولم يريه ابن عباس بأساء

إذ الدين فى القرض — وهو عقد غير لازم — يجوز للمدين فيه أن يعجل بالوفاء حتى ولو لم يقبل الدائن ، وقد انتهى إلى عدم جواز ذلك البعض واقترح أن يوجد نظام يكفل علاج ذلك بتأجيل دفع الثمن فحسب[1] على أننا نرى جواز البيع بأكثر من الثمن فى البيع الآجل لأن كل عقـــد يستقل بذاته ولا يقارن بعقد آخر يدفع فيه الثمن فوراً ، ولأن حل البيع ورد عاما وهذا نوع من البيوع وفيه فائدة للمشترى والبائع[2] .

ثانياً : إيداع النقد فى صناديق التوفير والبنوك : وهناك الفائدة التى يتقاضاها من يودع ماله فى صندوق التوفير بالبريد أو فى المصارف ، وهذه المسألة أدق من المسألة السابقة ، لأن الفائدة هنا تحسب باعتبار المدة وهى تحسب دون نظر إلى الاستفادة بالقرض أم عدم الاستفادة منه وهى محددة سلفا بالشرط .

وهناك فارق رئيسى فى نظرنا ، وهو أن سمات عقد القرض قد تتخلف فى مثل هذه المعاملة ، لأن المصرف لا يطلب القرض بل يتقدم صاحب المـال به إلى المصرف ولا يقصد صاحب المـال تبرعا به للمصرف إذا اعتبرنا قصده الحقيقى ومن المؤكد أن معاملة الشخص مع صندوق التوفير أو المصارف تخلو من ذلك القصد ، فالمصرف لا يطلب القرض ، وإن طلبه فإن هذا الطلب يكون عاما لا يتحدد بشخص معين ، ويتقدم الإنسان من تلقاء نفسه لا يداع ماله ، وقد تكون الرغبة الأولى هى فى إيداع المـال لحفظه .

وقد أجاز هذه الفائدة — باعتبار أنها ليست ربا بعض العلماء — على

(١) الدكتور عبدالناصر العطار — الأجل فى الالتزام ص ٢١٧ — ٢٢٩ .

(٢) فنحن ننظر إلى العقد وحده والرضا فيه متحقق دون نظر إلى عقد آخر يقل فيه الثمن — وحاجة المشترى إلى السلعة غير مؤكدة حتى يكون هناك شبهة الاستغلال — ولا يصح أن تفترض ثبات سعر السلعة ، ولا شبهة فى جواز اختلاف سعر البيع باختلاف الزمان مما يجعل القول بأن الزيادة تتعين عوضا عن المدة غير مؤكد .

أساس أن صاحب المـال يقدمه لصندوق التوفير أو المصرف وهو يعلم باتجارهما فيه فهو ليس دينا — والقصد من الإيداع حفظ المال والتعويد على الادخار — والفائدة تدفع مقابل التعويد على فضيلة الادخار ، ورأى هؤلاء أن معاملة المودع مع المصرف لا تدخل ضمن ما عرض له الفقهاء من أنواع المعاملات ، كما أجاز للدولة أن تقترض بالربح عند الضرورة لأن الضرورة والحاجة تنفى الأثم[1] .

الربا تطبيق للمعاوضة المعتبرة شرعا :

فى بحث للدكتور شفيق شحاته عن السبب فى الفقه الإسلامى[2] ذكر أنه إذا كان البائع قد اشترى من المشترى — قبل أن يقبض الثمن — ما كان قد باعه له وتم هذا البيع الأخير بثمن أزيد مما كان يجب على المشترى ـ يكون الأخير قد حصل على فضل مال بغير سبب ذلك أن الربح لا يجوز إلا إذا كان هناك اعتبار ولو ظاهرى للمصالح المتقابلة فإذا رجحت كفة الميزان لصالح أحد المتعاقدين فسد العقد وهذه هى نظرية الربا .

والعقد الذى أشار إليه الأستاذ الدكتور شفيق شحاته هو المعروف بعقد العينة وهو من عقود الذرائع الربويه والربا يتوقف فيه على القصد إليه . وقد أشرنا إلى الخلاف فى شأن هذا العقد عند الحديث عن الغاية المشروعة من المعاوضة والواقع أن فكرة الربا أعم من المثال الذى ورد فى عقد العينة ، فالربا باعتباره فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال (وهى عملية المعاوضة أو المبادلة المجردة) يكون عاما فى القرض والسلم والبيوع وتـكاد فكرته أن

---

(١) الفتاوى للشيخ شلتوت شيخ الأزهر الأسبق ص ٣٠٢ — ٣٠٤ — وذلك بطبيعة الحال خلاف إقراض الدولة للأفراد بفائدة .

(٢) فى كتابه النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ٨٠ — ٨٨ .

تنبسط على عقود المعاوضات كلها في الفقه الإسلامي[1] أما عقد العينة فهو قرض في صورة بيع ، والربا في نظرنا هو في ذاته تطبيق لشرط التكافؤ في مضمون العقد بين العاقدين في عقود المعاوضات ، ويظهر ذلك من تعريف الربا ، وانه يدخل في عملية مبادلة المال بالمال فيفسدها بسبب الخلل الذى يحدثه الربا في المعاوضة أو المبادلة ، لأنه يسمح بتقاضى أحد الطرفين مالا لايقابله عوض ، كما يظهر من تعريف الربا ، فهو في ذاته تطبيق لشرط التكافؤ في مضمون العقد ، وهو يستوى في ذلك مع عقد الغرر الذى تسمح طبيعته أيضاً بأن يأخذ أحد طرفى العقد الغنم كله ويخرج الطرف الآخر بالغرم كله ، وذلك أن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الغنم بالغرم ولا اعتبار للمعاوضة إذا لم تتضمن ذلك أو إذا اختلت بوجود فضل مال لا يقابله عوض ، ويعتبر ربا النسيئة في الديون من تطبيقات المعاوضة فالفائدة تبطل ولا تستحق بالعقد ولا يقوم سبب الالتزام بها لأنه لا يقابلها عوض فالمدة لاتعتبر عوضاً في القرض حتى يكون مقابلها مال ، وفي ربا التفاضل لا يستحق البدل من الجنس الواحد مع التفاضل لأنه لا يقوم سبب الالتزام في جانب الملتزم إذ المعاوضة لم تتم بحسب الصورة التي حددها الشارع والتي من شروطها أن تؤدى إلى التكافؤ العقدى في الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد .

والفقه الإسلامي ينظر إلى العقد جملة واحدة ، وعقد المعاوضة أو العقد اللازم الذى يتضمن المبادلة يحتاج إلى طرفين لإتمام المبادلة — والمبادلة يجب أن تتم في صورة المعاوضة التي يعتد بها الشارع — فإذا تمت كذلك توفر سبب الالتزام في جانب كل من طرفى العقد — بما يوجبه عليه من التزامات وهنا تكون للمعاوضة أو المبادلة وحدتها التي تضفيها نظرية السبب في القانون الوضعى

---

(١) جاء في البحر الرائق في باب البيع الفاسد « كل عقد فاسد هو ربا » ج٦ ص٦٨ .

حين تجزئ العقد إلى التزامات متقابلة وتبحث لكل التزام منها عن سببه في الالتزام الآخر .

وفكرة المعاوضة التي يعتد بها الشارع والتي تقوم بدور السبب في العقود اللازمة . هي قيد على إرادة طرفي العقد في الفقه الإسلامي لأنه لا يترك للعاقدين تحديد الالتزام المقابل إلا في الإطار الذي وضعه الشارع للمعاوضة فلا يكون هناك فضل مال في جانب لا يقابله عوض للجانب الآخر في العقد ، ولا اعتبار لرضا الطرفين إذا تضمن العقد اختلالا في المعاوضة أو المبادلة أو خرجت عن الاطار الذي وضعه الشارع لها . غير أننا نشير إلى أن ذلك التنظيم لعملية المبادلة ليس خفي الأسباب بحيث لا يدركها المتعاقدان بل هو منوط بأسباب معينة ترجع كلها إلى عملية المبادلة نفسها ولاشك أن التوازن فيها هو مطلوب العاقدين كما هو حكم الشارع .

ثانياً : اختلال المعاوضة بسبب الغرر

الغرر ومعناه :

الغرر في اللغة بمعنى التغرير وهو الايهام والتوريط ، والتغرير في اللغة إيقاع شخص في الغرر[1] والمراد به عند الفقهاء أن يكون في المعقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه أو يكون المعقود عليه متردداً بين حالين يتحقق في إحداهما تعيينه وفي الأخرى لا يتحقق[2] أو أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة متوهمة[3] —

(١) لسان العرب قاموس .

(٢) محمد أبو زهرة نظرية العقد ص ٢٥٩ .

(٣) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ص ٦٩٨ .

والغرر أيضاً بمعنى المخاطرة فبيع الغرر هو البيع الذى فيه مخاطرة، وهو البيع الذى يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه[١].

وقد عرف شمس الأئمة السرخسى صاحب المبسوط الغرر بأنه ما يكون مستور العاقبة[٢] وعرفه ابن عابدين بأنه الشك فى وجود المبيع[٣]، وقد نقل الكاسانى عن الشافعى أنه قال أن الغرر هو الخطر[٤]، وقد أورد الدكتور الصديق محمد الأمين فى رسالته عن الغرر مختلف التعريفات التى أوردها الفقهاء للغرر[٥]، وهى تتجه إلى اعتبار الخطر فى الغرر أو اعتبار عدم القدرة على التسليم والأمر الثانى لا يختلف عن الخطر فهو فى ذاته خطر عدم التسليم وأورد الدكتور الصديق أن تعريف الغرر بما يفيد عدم القدرة على التسليم هو الذى اختاره الدكتور سلام مدكور فى كتابه المدخل للفقه الإسلامى وقد طبق ذلك فى العقد على المباح فجعل التعاقد عليه غرراً ولكن بسببين أولهما: أنه مباح ويستوى حق المتعاقدين عليه قبل إحرازه وأن التعاقد على الاستيلاء عليه فيه غرر وجهالة تفضى إلى المنازعة.

وهناك فارق فى المعنى بين الغرر وبين الغرور إذ الغرور يكون نتيجة

---

(١) مقدمات ابن رشد جـ ص ٢٠٦-٢٠٧ — والغرر هو الخديعة واصطلاحاً ما لا يدرى هل يحصل أم لا بخلاف المجهول وهو ما علم حصوله وجهلت صفته (تهذيب الفروق جـ ٣ ص ٢٧٠).

(٢) المبسوط جـ ١١ ص ١٩٣.

(٣) رد المحتار جـ ٤ ١٤٧

(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٦٣.

(٥) الغرر وأثره فى العقود — رسالة للدكتور الصديق محمد الأمين ص ٢٧ — ٣٢.

موقف فعلى أو قولى يتخذه شخص ليخدع به آخر بينما الغرر يكون راجعاً إلى طبيعة العقد نفسه كما فرق القرافى بين الغرر والجهالة إذ الغرر ما لا يدرى هل يحصل أم لا أما الجهالة أو المجهول فهو مايعلم حصوله وتجهل صفته ومثال الأول بيع السمك فى الماء ومثال الثانى بيع شخص ما فى كمه[١] . وقد استعمل الفقهاء فى بعض الأحيان الغرر والتغرير بمعنى واحد[٢] .

والغرر يختلف عن القمار وهو كل مراهنة على غرر محض ، والميسر أخص من القمار وكان العرب فى الجاهلية يطلقونه على المقامرة بالأقداح وبذلك يكون الغرر أعم من القمار وهذا أعم من الميسر وإن كانت طبيعة الأشياء الثلاثة يكمن فيها الخطر وهو فى نظرنا خطر فوات العوض أو التوازن بينه وبين العوض الآخر على الأقل .

ويقول الأستاذ الدكتور السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى أن الفقه الإسلامى يعتبر الربا والغرر وتعدد الصفقة غير مشروعة ويمعن فى تجنبها وأن كلا من هذه الأمور الثلاثة لها أثر عميق فى المسائل والأحكام التفصيلية بحيث ابتعد الفقه الإسلامى فى كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل — ويقول أنه لو أمكن التبسط فى فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة لزال كثير من الأسباب التى تقف بالفقه الإسلامى عن أن يتمشى مع مقتضيات التطور[٣] .

ولا شك أن المخاطرة فى العقود تضر بالمتعاقدين إذ هى بلا ريب تخل

---

(١) المرجع السابق ص ٣٥ — ٣٧ .

(٢) المرجع السابق واورد أمثلة من رد المحتار ونهاية المحتاج أشار الى مواضعها .

(٣) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٤ ص ١٤ .

بالمعاوضة لصالح أحدهما على حساب الآخر فكلاهما يخاطر عند انعقاد العقد وينتظر نتيجة المخاطرة وقد تجعله رابحاً الغنم كله أو خاسراً الغرم كله والمعاوضة التى يكون من نتيجتها الغرر مطلقاً فى جانب والغرر مطلقاً فى آخر لا يمكن أن تعتبر فى نظر الشارع الإسلامى .

النهى عن الغرر :

وقد ورد النهى عن الغرر فى أحاديث كثيرة ، وليس من أهدافنا فى هذا البحث أن نعرض لجميع أنواع الغرر وعقوده ، وإنما يهمنا معرفة الغرر فى العقد ومبناه[1] ، ومعرفة العلة فى تحريمه وهى فى نظرنا أنه يخل بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع فى العقد الملزم للجانبين[2] فلا يكون لالتزام أحد العاقدين سبب ومن ثم يبطل الالتزام لانعدام سببه . إذ الغرر يشمل مسائل كثيرة لا تدخل تحت حصر فيدخل فيه بيع العبد الآبق والشيء المعدوم والمجهول ومالم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك فى الماء الكثير ونظائر ذلك وكل هذا بيعه باطل لأنه غرر من غير حاجة[3] .

ومن أحاديث النهى عن الغرر ما رواه نافع عن عبد الله بن عمر قال : « كان أهل الجاهلية يتبايعون الجزور إلى حبل الحبلة أى تنتج الناقة ثم تحمل التى نتجت فنهاهم الرسول عليه الصلاة والسلام عن ذلك[4] . وهذا البيع أخذه طائفة من الفقهاء على أنه بيع الناقة ويكون أجل الثمن إلى أن تلد ويلد ولدها

---

(١) وهو الغرر الذى يكون راجعاً إلى طبيعة عملية المبادلة أو المعاوضة فى العقد الملزم للجانبين .

(٢) النووى على صحيح مسلم جـ ٣ ص ٤ .

(٣) النووى على صحيح مسلم جـ ٣ ص ٤ .

(٤) المرجع السابق ص ٤ .

ويكون الغرر هنا فى الأجل ورأى آخرون أن المنع يرد على بيع ولد الناقة الحامل[1] .

وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع وعند بيع ما فى ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن شراء ضربة الغائص .

وعن ابن عباس رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ،وفسر يحى بيع الغرر أن من الغرر ضربة الغائص وبيع العبد الآبق وبيع البعير الشارد وبيع الغرر ما فى بطون الأنعام وبيع تراب المعادن وبيع ما فى ضروع الأنعام إلا بكيل .

وعن على رضى الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطرين وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك[2] .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاةوبيع الغرر والجامع فى هذه البيوع كلها أن المعاوضة فيها لا تنضبط بسبب طبيعة الغرر الذى يعتمد على المخاطره ويترك العاقدين تحت رحمتها فإما أن يفوز أحد العاقدين بالغنم كله على حساب العاقد الآخر الذى يتحمل الغرم كله وإما أن ينقلب الوضع فيخسر الأول ويكون عليه الغرم كله .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وهذه كلها أنواع من بيع الغرر، ولكن منها لايرجع إلى عملية المبادلة نفسها كما فى بيع تراب المعادن — وكذلك بيع المضطر إذ لا يرجع فساد المعاوضة فيه إلى عملية المبادلة ذاتها ولكن يرجع إلى الظروف التى يتم فيها العقد وهى تؤدى غالباً إلى فقدان التوازن فيه ، والعلة فى النهى منع أ كل أموال الناس بالباطل الأم جـ٣ ص ٣١ .

والنهى عن الغرر يمكن أن يرد أصله إلى القرآن الكريم (سورة البقرة آية ١٨٨) — فى تحريمه أكل أموال الناس بالباطل : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وقد فهم منها ذلك ابن العربى فى أحكام القرآن(١) ، واشتملت السنة على أحاديث عديدة ورد فيها ذكر النهى عن الغرر صراحة فقد روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر(٢) . كما روى ذلك عن النبى صلوات الله عليه ابن عباس وعامر والشعبى وسعيد بن المسيب(٣) .

أنواع الغرر :

الغرر هو وصف شامل لما يعترى العقد فيجعل الخطر فيه ظاهراً على مصلحة أحد العاقدين وقد يأتى هذا الخطر فى عقد البيع مثلا من جهة العقد كما فى عقد بيعتين فى بيعة أو بيع الحصاة ، وقد يأتى الغرر من جهة الأجل كالبيع إلى موت فلان أو البيع إلى الميسرة أو إلى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك ، وقد يأتى الغرر من جهة العوض بأن يكون البيع أو الثمن مجهول الصفة حين العقد(٤) . وقد يكون النهى من الغرر منطوقاً به أو مسكوتاً عنه(٥) ونتناول بعض صور الغرر التى ترتبط بالمعاوضة وتخل بها .

(١) الغرر وأثره فى العقود — الدكتور الصديق ص ٥٤ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقى ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٣) الأحاديث النبوية التى أوردها الدكتور الصديق فى رسالته السالف الإشارة إليها ص ٥٩ وأورد أن البخارى لم يورد حديث النهى عن الغرر وإن كان فى صحيحه باب بعنوان « بيع الغرر وحبل الحبلة » . وقال العينى وابن حجر أن ذلك من باب عدم ذكره صراحة إذ بيع حبل الحبلة نوع من الغرر .

(٤) المرجع السابق ص ٧١ وارجع هذا التقسيم إلى الباجى من فقهاء المالكية .

(٥) أورد الأستاذ الصديق الضرير تقسيماً للغرر دار على وجهين — الغرر فى صيغة العقد والغرر فى محل العقد ويتفرع عنه عدة أنواع فيما يتصل بالمحل ، وقد أردنا بالبحث ما يخل بالمعاوضة أو المبادلة وليس تقصى أنواع الغرر كلها كالجهل بنوع المحل أو بجنسه أو عدم رؤيته أو الغرر فى العقد المعلق أو المضاف فكل ذلك لا يتصل بذات عملية المعاوضة .

بيع المعدوم :

إذا لم يكن المبيع موجوداً وقت العقد فإن التعاقد عليه مع عدم وجوده يحمل فى ذاته خطراً ، وهنا يكون بيع المعدوم من باب الغرر ، والاستدلال على منع بيع المعدوم هو بالأحاديث التى تنهى عن بيع الغرر لأن بيع المعدوم نوع منه .

فقد روى ابن حنبل فى سنده عن حكيم بن حزام قال « قلت يا رسول الله إننى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم على » فقال « إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » وفى موطأ مالك أن رجلا أراد أن يبتاع من آخر مالا يملك فأتيا عبد الله بن عمر فقال للمبتاع لا تبع منه ماليس عنده وقال للبائع لا تبع ماليس ماعندك[1] . كما يستدل على منع بيع المعدوم كما ذكرنا بالأحاديث التى وردت فى النهى عن الغرر ، وبالنهى الذى ورد عاما فى القرآن الكريم عن أكل أموال الناس بالباطل .

وبيع المعدوم فى ذاته محل خلاف بين الفقهاء إذ راعى البعض صفة العدم وراعى البعض الآخر ما يؤدى إليه انعدام المحل من غرر فحسب . إلا أنه من المسلم أن هناك أنواعاً من بيع المعدوم تجوز بلا خلاف ومثال ذلك السلم وقد جاز بالنص مع أنه من بيع المعدوم ومن بيع الإنسان ما ليس عنده ، وكذلك عقد الاستصناع .

وبعض الفقهاء على أنه يجب أن يكون المبيع موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم أو ما كان على خطر العدم[2] ومثال ذلك بيع نتاج النتاج لأنه بيع

---

(١) موطأ مالك جـ ٢ ص ٦٣ .

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ .

معدوم [١] ، وهو باطل بالإجماع [٢] ، وكذلك يمنع بيع اللبن فى الضرع كيلا أو جزافاً لأنه غرر وهو ما يكون مستور العاقبة [٣] .

ويشتد المذهب الحنفى بالذات فى مسألة بيع المعدوم حتى لا يجيز بيع ما يكون متحقق الوجود فى المستقبل فلا يجيز بيع الدقيق فى الحنطة إذ الدقيق هو متفرق الحنطة ولا يجيز بيع اللحم فى الشاة الحية لأنه يصير لحماً بعد ذبحها فحسب فكان بيع المعدوم فلا يجوز [٤] .

ويكاد ما ورد فى المذهب الحنفى من تشدد فى مسألة بيع المعدوم يتنافى مع الضرورات العملية التى تحتاج إلى تجويز بعض أنواعه ، وقد أجاز الشارع السّلم [٥] وهو بيع معدوم بثمن موجود وأساس جوازه ما رواه الشيخان عن عن طريق ابن عباس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال « من أسلم فى شىء ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وكذلك فإن من بيع المعدوم بيع المنفعة وقد رأينا أنها جعلت فى عقد الإيجار موجودة حكماً . كما يجوز التعاقد على عمل الصانع فى عقد الاستصناع أو المزارع فى المزارعة ، ولا جدال فى صحة عقد الإيجار أو الاستصناع أو المزارعة ولكن الخلاف فى أنها تجوز على سبيل الاستحسان أم تجوز قياساً .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٢٠٩ .

(٢) المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٥٨ .

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٤ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ — ١٣٩ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٤٤ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤٥ — ٤٦ ط الأميرية ، العقود الدرية لابن عابدين جـ ١ ص ٢٤١ .

(٥) وجواز السلم من الآية « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » البقرة ٢٨٢ ومن الحديث وقال فيه ابن عباس « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه » المغنى جـ ٤ ص ٢٧٥ .

على أن كثيراً من الفقهاء لا يتشدد فى بيع المعدوم كما يذهب إلى ذلك الحنفية فقد رأينا أن الإمام مالك أجاز بيع اللبن فى الضرع إذا كان قد عرف حلاب الماشية [1] ، ولذلك فقد فرق بعض الفقهاء بين درجتين من بيع المعدوم فهناك المعدوم أصلا والمعدوم صفة ويوضح ذلك ما جاء فى الفروق « أصل الغرر هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا كالطير فى الهواء أو السمك فى الماء وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه مافى كمه فهو يحصل قطعاً ولكن لا يدرى أى شىء هو [2] » والتفرقة هنا واضحة ذلك أن السمك قد يوجد فى الماء وقد لا يوجد أما شراء حجر بمجرد رؤيته لا يدرى زجاج هو أم ياقوت فلا غرر فيه وإنما عدم معرفته تقتضى الجهالة فيه [3] .

والواقع أن النوع الأول وهو المعدوم أصلا تختل فيه المعاوضة ولا مصلحة فى تجويز هذا النوع من البيوع إذ تؤول المعاوضة هنا بالغرم كله على أحد العاقدين وبالغنم كله على الطرف الآخر فى العقد ومثال ذلك بيع السمك فى الماء وبيع الطير فى الهواء وبذلك تختل المعاوضة فلا يعتد بها الشارع .

الترخص فى بيع المعدوم وأساسه

وبذلك لا يكون بيع المعدوم هو الذى يجب أن يدور عليه الخلاف . بل ما تؤدى إليه المعاوضة على معدوم . فإذا أدى بيع المعدوم إلى الغرر وجب منعه وهذا ما ذهب إليه الفقيه الحنبلى ابن تيمية وكذلك ابن القيم وما ذهب إليه الفقيه الظاهرى ابن حزم .

وقد استدل ابن تيمية على رأيه فى جواز بيع المعدوم إلى أن الشارع لم ينه

---

(١) راجع ص ١٤٥ .

(٢) الفروق ج ٣ ص ٢٦٢ .

(٣) المرجع السابق ، ولذلك يجوز بيع السمك فى الماء (فى الآجام) إذا كان مملوكاً ولا تمتنع مشاهدته وإمساكه — المغنى ج ٤ ص ١٨١ .

عن بيع المعدوم بذاته ، وإنما ورد النهى عن بيع أشياء معدومة مثلما ورد النهى عن بيع أشياء موجودة وبذلك لا يكون العدم والوجود علة النهى ولكن العلة هى الغرر ، وأن الشارع قد جوز بيع المعدوم فى حالات بالنص كالسلم أو حالات يدخل فيها بيع المعدوم كبيع الثمار بعد أن تزهو إذ أنه يدخل فى ذلك بيع مالم يخلق منها ، وكذلك فى الاستصناع [١] .

ويذهب ابن حزم إلى أبعد مما ذهب إليه ابن تيمية فيجيز بيع العبد الآبق والبعير الشارد عرف مكانهما أو لم يعرف إذا صح الملك عليه ، ولا يعتد بعدم القدرة على التسليم إذ لا يوجب التسليم كتاب ولا سنة ، ودفع ابن حزم حجة من استند إلى أحاديث النهى عن شراء مافى بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء العبد الآبق . بأن فى رواتها مجهولون [٢] .

غير أنه إذا كان فى الترخص فى مذهب الجمهور من عدم جواز بيع المعدوم ما يتلاقى مع الحاجات العملية فإن ما يذهب إليه ابن حزم من جواز بيع العبد الآبق والبعير الشارد لا يتلاقى مع حاجة عملية وهو على فرض تحقيقه لغاية إلا أنه فاسد التعليل إذ يذهب ابن حزم إلى أن القدرة على التسليم فى العقد لا يوجبها كتاب ولا سنة مع أن القدرة على تسليم المعقود عليه يجب أن تكون هى الفيصل فى جواز البيع أو عدم جوازه .

والترخص فى بيع المعدوم أجازه بعض الفقهاء ، فقد أجازوا بيع السمك فى بركة صغيرة تجتمع فيها الأسماك بإجازة استئجارها للصيد ، فقد ورد فى رد

---

(١) والمعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا عمل الصانع ، وخالف فى ذلك البعض فجعل المعقود عليه هو العمل ، وقال البعض أنه إجارة ابتداء بيع انتهاء — ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٩٥ — ٢٩٦ — وقد منع الحنابلة الاستصناع لأنه من بيع الإنسان ما ليس عنده — الفروع جـ ٢ ص ٤٥٨ — ويلاحظ أن القياس لا يجوز العقد عند الحنفية بل يجوز استحسانا البدائع جـ ٥ ص ٢٠٩ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٣٨٩ — ٣٩٠ .

المختار أنه نقل فى البحر عن الإيضاح عدم جوازه ونقل عن أبى يوسف فى كتاب الخراج عن أبى الزناد أن عمر بن الخطاب أجاز ذلك فى بحيرة بأرض العراق — كما نقل عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن حماد عن عبد الحميد ابن عبد الرحمن أن عمر بن عبد العزيز أجاز بيع صيد الآجام وسماه الحبس [١] ، ويقول ابن عابدين — ما تقدم فى كتاب الخراج غير بعيد عن القواعد ومرجعه إجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هى الاصطياد ، وهذا الرأى يفتح كثيراً من المسالك العملية كاجارة مناطق للصيد أو للتعدين ونجد لذلك سنداً فى قول ابن عابدين أن الشىء المؤجر وهو منطقة الصيد معلومة والمنفعة التى تستوفى منها وهى الصيد معلومة أيضاً ، وفى نظرنا أنه لا اعتبار بعد ذلك لما يخرج من الصيد إذ تكاملت عناصر المعاوضة التى يعتد بها الشارع عند العقد والخلل فيها بعد ذلك لا يرجع إلى عدم تحديدها ولكن يرجع إلى ظروف أخرى لا تدخل فى المعاوضة كالمهارة فى الصيد والجهد فيه أو التقصير من المتعاقد ، ومن ناحية أخرى فقد أدرك فقهاء الجمهور أن تحريم بيع المعدوم باطلاق قد لا يصادف مصلحة ، ولذلك فإن المنع عندهم هو القياس والعقود التى ترد على المعدوم تجوز استحسانا ، والقول ببطلان بيع المعدوم مطلقاً يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها [٢] .

والواقع أننا فى تطبيقنا للمعاوضة المعتبرة شرعا على بيع المعدوم نجد أن الرأى الذى يجعل مناط الحكم هو كون بيع المعدوم يؤدى إلى الغرر هو الذى يتفق مع حكمة النهى عن بيع المعدوم فوجود الغرر أو عدم وجوده هو الفيصل فى المنع لأن الغرر هو الذى يخل بالمعاوضة التى يعتد بها الشارع .

---

(١) رد المحتار ج ٤ ص ١٤٧ وراجع المغنى ج ٤ ص ١٨١ ، وهامش ص ٢٤٠ .

(٢) سلام مدكور المدخل فى الفقه الإسلامى ص ٥٧٩ .

بيع الثمار قبل بدو صلاحها :

ومن البيوع التى يثور فيها حكم الغرر بيع الثمار قبل بدو صلاحها وقد ورد النهى عن ذلك فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلة المنع فى الحدود التى يقول بها الفقهاء هو الحرص على أن تتم المعاوضة على أساس عادل ويقطع فى هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو منع الله الثمره بم يأخذ أحدكم مال أخيه » ذلك أنه لا يحل للبائع أن يتقاضى الثمن ويخرج المشترى من غير ثمرة وقد ورد أن ذلك كان مشورة من النبى عليه الصلاة والسلام كما جاء فى سنن المصطفى[1] لما كثرت خصومات الناس ومنازعاتهم بسبب العاهات التى تصيب الثمر ويقول القاضى أبو الوليد سليمان ابن خلف الباجى من المالكية اختلف أصحابنا فى تعليله فقال محمد بن مسلمة أن الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ، ولكن لا غرض فى شرائها قبل بدو الصلاح إلا الاسترخاص لا غير ذلك لأنها قد تسلم له فترخص عليه وقال بعضهم أن الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعده يقل وكثير الغرر يبطل العقود أما قليله فهو معفو عنه[2] .

وذلك فى نظرى يكشف أن الحكم فى بيع الثمار قبل بدو الصلاح يرجع إلى اعتبار معنى العدل فى المعاوضة فإن شراء الثمر قبل بدو الصلاح ليس غاية فى ذاته[3] لأنه لا ينتفع بها إلا إذا كانت صالحة فيكون الغرض هو الرغبة

---

(١) صحيح سنن المصطفى للسجستانى ج ٢ ص ٨٨ ، الأم للشافعى ج ٣ ص ٤١ .

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك ج ٤ ص ٢١٨ مطبعة السعادة ، واشترط البعض الحاجة لإجازة الغرر اليسير المدخل لابن الحاج ج ٤ ص ٧٥ .

(٣) أجازت المادة ١٣١ مدنى أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ولذلك يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها بثمن جزافى أو بسعر الوحدة ، وقد قصد القانون المدنى فى هذه المسألة مخالفة الحكم المعروف فى الفقه الإسلامى ويجوز بيع الثمار حتى قبل أن تنبت وكذلك المحصولات

فى الكسب عن طريق التعاقد على شىء قد يصلح فيكون الغنم للمشترى وقد لا يصلح فيكون الغرم عليه وهو الأمر الذى يخل بالمعاوضة وبدو الصلاح كما يقول الكمال بن الهمام ان تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدء الحلاوة[1] وشراء الثمر قبل بدو صلاحه بالمعنى المتقدم يجوز فى المذهب الحنفى إذا اشتراه بشرط القطع وكذلك إذا اشتراه وأطلق أى ترك اشتراط القطع واشتراط الترك لأن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه فى الحال ، أما إذا اشتراه بشرط الترك فهو لا يجوز على أن محمدبن الحسن أجاز الشراء بشرط الترك إذا كان لمدة يسيره[2] .

ولا يخلو بيع الثمرة قبل بدء صلاحها من ثلاثة أقسام أحدها أن يشتريها بقصد التبقية ومعنى هذا أن يشتريها قبل أن تبدو الثمرة على أن يظل البيع حتى تصلح الثمرة فلا يصح البيع إجماعا (مع استثناء الترك مدة يسيرة كما سبق فى قول محمد بن الحسن) وثانيها أن يشتريها بقصد القطع فى الحال وذلك لا يخل بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع والذى أفصح عن علة المنع وهو أن الترك قد يتغير معه حال الثمرة إلى الفساد أو إلى الصلاح الكامل ، ويدل على صحة هذا البيع أن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما روى عن أنس نهى عن بيع الثمار حتى تزهو وقال أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه وثالثها البيع مطلقاً إذا لم يشترط القطع أو التبقية فالبيع كما يذهب الإمام مالك والشافعى باطل وقد

الزراعية « حكم محكمة النقض بجلسة ٥٩/١١/١٢ — المنشور بمجموعة الأحكام السنة ١٠ — ص٦٤١ فى شأن بيع محصول قطن قبل زراعته » — كما يجوز بيع نتاج الماشية أو منتجات لم يبدأ صنعها .

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٠٢ .

(٢) المبسوط ص ١٩٤ — ١٩٧ ، وفى الفتاوى الهندية لا يجوز الشراء بشرط الترك جـ ٣ ص ١٠٦ .

أجاز الإمام أبى حنيفة العقد لأن إطلاق البيع يقتضى القطع ولنا أن النبى عليه الصلاة والسلام أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[١] .

ولا يجوز بيع الزرع الأخضر فى الأرض وذلك لنفس العلة وهى منع اختلال المعاوضة نتيجة عدم توفر عناصرها عند العقد والنهى وارد فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فى منع بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة — نهى البائع والمشترى وهو قول مالك وأهل المدينة وأصحاب الرأى[٢] .

ومذهب الشافعى أنه لا يجيز بيع الثمر قبل بدو الصلاح بشرط الترك لأن ذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وإن باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر[٣] .

ويجعل المذهب الحنفى بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط الترك فاسدا من ناحية أخرى فهو بيع مقترن بشرط فيه منفعة للمشترى فصار كما لو اشترى حنطة بشرط أن يتركها فى دار البائع شهراً أما إذا باع بعد بدو صلاح الثمرة مطلقاً أو بشرط القطع جاز وإذا شرط ترك الثمرة لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف[٤] ، والشراء مطلقاً كما يجوز فى مذهب الحنفية[٥] يجوز عند الشافعى .

ويتضح من ذلك فى مسألة بيع الثمار قبل بدو صلاحها ان المعول عليه منع اختلال المعاوضة بسبب الغرر فإذا نظرنا إلى المذاهب الفقهية فى ذلك المنع وجدنا

---

(١) المغنى ج ٤ ص ٨١ بتصرف — والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة ص ٧٤ — ٧٥ المرجع السابق — مطبعة الإمام .

(٢) المرجع السابق ص ٨٣ .

(٣) المهذب ج ١ ص ٣٨١ .

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندى ج ٢ ص ٧٩ .

(٥) المرجع السابق ، ويجوز بيع كل ما هو فى الأرض كالفجل والبصل وإذا قلع كان للمشترى الخيار — والعقد غير لازم قبل الرؤية — العقود الدرية لابن عابدين ج ١ ص ٢٤٠ .

أنها جميعاً لا تجيز بيع الثمار قبل أن تخلق لأن ذلك معدوم فعلا ووجه الغرر فيه ظاهر ظهوراً بينا فقد تخلق الثمرة وقد لا تخلق ، وكذلك بيع الثمار بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه كما يقول ابن رشد . وبيع الثمرة بعد أن تزهو إن كان بشرط القطع فهو جائز بلا خلاف — وإن كان بشرط الترك فقد أبطله أبو حنيفة والشافعى ومالك — وأجاز محمد بن الحسن التبقية مدة يسيرة على سبيل الاستحسان اما البيع المطلق الذى يخلو من شرط القطع وشرط التبقية فانه لا يجوز عند مالك والشافعى وأحمد وأجازه أبو حنيفة لأن مقتضى الإطلاق هو القطع [1] .

وتدل أحاديث النهى عن بيع الثمار قبل أن تزهو على أن بيع المعاومة وبيع السنين يشملهما النهى وذلك أولى بداهة من منع بيع الثمر قبل بدو صلاحه لأن بيع المعاومة أو السنين هو بيع ثمر الشجر لأعوام قادمة وعلة النهى هنا أوضح لأن منع بيع الشجر قبل بدو صلاحه علته أن قدر الثمر أو صفته غير معروفة اما بيع المعاومة فان وجود الثمر ذاته غير معلوم [2] ، والعلة فى النهى ظاهرة من الأحاديث التى تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو من أنواع البيوع التى رآها الفقهاء فاسدة وهى ان المعاوضة فيها تختل بسبب عدم وجود عناصر العقد كلها عند انعقاد العقد فقد يهلك الثمر بسبب العاهة وما يترتب على ذلك من خصومات وأكل للمال بالباطل، والنهى هنا للتحريم كما تدل على ذلك أحاديث النهى بل جاء فى بعض الأحاديث ما يؤكد ذلك الحكم مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت إن منع الله الثمرة بكم يأخذ أحدكم مال أخيه» [3] .

---

(١) ابن رشد فى بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٣ — ١٢٦ بتصرف وإيجاز.

(٢) الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير وأثره فى العقود رسالة ص ٢٦١ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٦٣ .

بيع الإنسان ما ليس عنده :

وقد يفضى بيع الإنسان ما ليس عنده إلى اختلال المعاوضة ، وقد ورد النهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده،فقد روى الإمام مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه أو حتى يقبضه فى رواية أخرى كما ذكرنا حديث النبى صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه ، وروى أبو داود والدارقطنى عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[1] قال الشافعى رحمه الله : يحتمل أن يبيع ما ليس بحضرته يراه المشترى كما يراه البائع عند تبايعهما فيه ويحتمل أن يبيعه ما ليس عنده ما ليس يملك بعينه فلا يكون موصوفا مضمونا على البائع يؤخذ به ولا فى ملكه فيلزم أن يسلمه إليه بعينه[2] فلما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف أن يسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم دخل هذا بيع ما ليس عند المرء حاضراً ولا مملوكاله حين باعه، ولما كان هذا ليس مضمونا على البائع بصفة يؤخذبها عند حلول الأجل دل على أنه إنما نهى عن بيع عين الشىء ليس فى ملك البائع والله أعلم ـ وقد يحتمل أن يكون النهى عن بيع العين الغائبه كانت فى ملك الرجل ، وفى غير ملكه لأنها قد تهلك وتنقضى قبل أن يراها المشترى[3] . ويستدل المانعون لبيع الإنسان ما ليس عنده بحديث النهى عن الغرر إذ أن فى بيع العين الغائبه غرراً ظاهراً والحديث الذى سبق أن أوردناه « لا تبع ما ليس عندك » قد أوله الكاسانى فى بدائع الصنائع

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٢ ص ١٥٧ .

(٢) الرسالة للشافعى ص ٣٣٩ — ٣٤٠ سماع ٩١٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٤ سماع ٣٢١ .

فهو قد يعنى منع بيع ما ليس مملوكا للبائع نفسه لا نيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه ويسلمه[1] .

على أن بيع ماليس عند الإنسان أجازه الحنفية والشافعى فى القديم والحنابلة فى أظهر الروايات عندهم والظاهرية وأجازه غيرهم من الفقهاء وأصحاب الحديث[2] واستدل المجيزون لذلك البيع بقوله تعالى : « وأحل الله البيع » فيدخل فى الآية بيع العين الغائبة وأن إثبات الخيار لمن اشترى عيناً غائبة فى حديث مكحول لا يكون إلا فى بيع صحيح[3] .

على أن بيع الإنسان ما ليس عنده وقد جوزه كثير من الفقهاء كما سبق أن ذكرنا وهو يتم بوصف الشيء الغائب لأنها الطريقة التى تعارف عليها الناس — وضع له الفقهاء شروطاً يجب أن تتوفر لصحة البيع[4] وهذه الشروط فى نظرنا تقلل من مقدار المخاطرة فى البيع بتحديد الشيء المبيع وتنى من ناحية أخرى بأن يكون بيع الشيء الغائب لحاجة إذ أن الشروط التى وضعها المالكية منها ألا تكون العين بعيدة جدا فى البيع اللازم والذى يكون فيه البيع مما يقبل التغيير وألا تكون العين قريبة جداً لأن ذلك مفاده إمكان رؤيتها إلا إذا كان ذلك يكلفه مشقة والشرط الثالث أن يصف العين غير البائع وهو شرط محل خلاف

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٦٣ ويلاحظ أن الدكتور سلام مدكور أرجع الغرر فى هذا الفرض إلى أمرين استواء حق كل شخص على المباح قبل إحرازه — وان إمكان استيلاء البائع عليه حتى يتملكه أو عدم تمكنه من ذلك هو فى ذاته غرر وجهالة تفضى إلى المنازعة المدخل للفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٥٨٥ جـ ١ سنة ١٩٦٦ .

(٢) رسالة الدكتور الصديق الأمين فى الغرر وأثره فى العقود ص ٤٠١ .

(٣) أشار الدكتور الصديق فى المرجع السابق إلى عدم أخذه بحديث مكحول أو أبى هريرة الذى أثبت الخيار لضعفهما ولم يبين وجه الضعف فى الحديث « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه — وقريب منه فى اللفظ حديث أبى هريره .

(٤) المرجع السابق ص ٤٠٥ .

بين المالكية وهو شرط فى نظرنا لامعنى له لأن العقد يتم بين البائع والمشترى ويحصل التراضى بينهما على هذه الصفة سواء صدقها الطرف الآخر أم لا[1] ، والشرط الرابع أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة كلها وأخيراً ألا ينقد الثمن بناء على شرط فإذا دفعه المشترى عند العقد بلاشرط جاز .

والواقع أن هذه الشروط تجعل من بيع الإنسان ما ليس عنده أمرا عسيرا وغاية هذه الشروط كما سبق أن ذكرنا أن يأمن طرف العقد جهاله المبيع ويظهر منها أن بيع العين الغائبة ليس بيعاً عادياً بل يلجأ إليه عند الحاجة .

العلة فى النهى :

وبذلك تكون العلة فى منع بيع ما ليس عند الإنسان هى أن الشىء لا يكون موصوفاً يؤخذ البائع بضمانه عندما يحل الأجل — غير أن علة أخرى قد أوردها ابن عباس : « ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ » أى مؤخر فيكون البيع الثانى قد دخله الربا .

وعلة الربا تتبع اختلال المعاوضة وجودا وعدماً فإذا كان فى البيع ربا فالمعاوضة مختلة ولا ريب ، لذلك فإن شبهة الربا عند قبض الطعام ثم بيعه تنتفى لأنه يكون بيعاً مبتدأ لاربا فيه .

وقد قال ابن عباس رضى الله عنه (لا أحسب كل شىء إلا مثله) أى مثل الطعام فى وجود شبهة الربا عند البيع قبل القبض — ورواية الحديث الذى جاء فيه لفظ السلع تعم الطعام وغيره، والحكمة التى رآها ابن عباس فى المنع تسرى على الطعام وعلى خلافه ـ وهناك حكمة أخرى تشاهد فى العمل ويدعو إليها التفكير بمنطق العصر وذلك أن بيع السلعة قبل أن تقبض فيه تهوية لرأس المال

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ٣٤٣ — ٣٤٤ .

على حساب العمل فإن التاجر حين يتسلم السلعة وينفق عليها مالا أو جهدا نظير عرضها ثانية للبيع فإنما يأخذ ثمن جهده أو مقابل ما أنفقه على السلعة بخلاف الحال فى البيع دون جهد أو إعداد فيكفى التعاقد حتى يعيد التاجر بيع ما اشتراه والغالب ألا يكون قد أنفق جهدا أو تكلف مالا — وقد يكون ذلك فى نظرنا سبب الاستثناء الذى أخذ به الشيخان من جواز ذلك البيع الثانى فى العقار دون المنقول لأن ذلك لاغرر فيه لأن الهلاك نادر فى العقار — وأخذ محمد وزفر والشافعى رحمه الله بإطلاق الحديث[1] .

وفى نظرنا أن فقه ابن عباس قد أصاب حقيقة المسألة ذلك أن بيع السلعة قبل قبضها قد يجر إلى الربا ، وهو فى الواقع إذا لم يمر وقت بين البيع الأول والبيع الثانى يجر إلى الربا أو على الأقل شبهته .

مقارنة :

وقد أشار المرحوم الأستاذ محمد يوسف موسى فى مذكراته فى البيوع إلى رأى ابن القيم الذى تعرض لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » بالشرح فذكر أن العلة فى النهى هى الغرر لعدم المقدرة على التسليم لا لأن المبيع معدوم فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم ولذلك أباح الشارع الأجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد بدو صلاحه لعدم الغرر فى هذا ولم يجز بيع البعير الشارد وإن كان موجودا لوجود الغرر فى ذلك وهذا حكم سائر المعاوضات[2] ورأى عليه رحمة الله أن رأى ابن القيم يساعد بما فيه من التوسعة على التيسير فى المعاملات فضلا عن تحليل دقيق وفهم عميق لمورد النص وعلته

---

(١) مجمع الأنهر المجلد الثانى ص ٧٩ .

(١) مذكرات فى البيوع الدكتور محمد يوسف موسى ف ١١٣ .

ولاشك أن الاكتفاء بعلة الغرر وهو يؤدى بذاته إلى اختلال المعاوضة يضع فيصلاً بين ما يجوز من بيع المعدوم ومالا يجوز، يستوى فى ذلك تطبيقاته المختلفة من بيع المعدوم أو بيع الثمار قبل بدو الصلاح، أو بيع الإنسان ماليس عنده

المزارعة و الغرر :

وقد اهتم الفقه الإسلامى اهتماماً كبيرا بعقد المزارعة وأثار هذا العقد خلافاً بين الفقهاء إذ أن بعضهم يمنع هذا العقد مطلقاً فى صورة تأجير الأرض على الإطلاق والبعض الآخر يمنعه فى صورة التأجير بأجرة معينة أو المزارعة على تفصيل نبينه فيما بعد — وقد نال هذا العقد اهتمام الفقهاء لأنه يتصل بأمور لكل منها أهمية فى الفقه الإسلامى :

وأولها : أن مسألة التعاقد على المعدوم لها شأنها فى الفقه الإسلامى والمزارعة تتضمن تعاقدا على معدوم .

وثانيها : أن المزارعة عقد شائع بين الناس رغم أنه قد يتضمن عقدا على معدوم وقد جاز السلم وهو عقد على معدوم للحاجة إليه ولم يرد فى المزارعة ما يجيزها استثناء كالسلم .

وثالثها : أن المزارعة قد تتضمن من حيث طبيعتها ما يجعل اختلال المعاوضة راجحاً لأن عناصر العقد لا تكون موجودة كلها وقت انعقاده فلا يسهل على المتعاقد أن يعرف ما يأخذه وما يعطيه على وجه اليقين لأن ذلك يتوقف على ما لا يملكه العاقدان — ولذلك فإن هذه الناحية بالذات كانت محل اهتمام الفقهاء فى هذا العقد. وعقد ابن قيم الجوزية الفقيه الحنبلى فصلا للمزارعة العادلة فى كتابه « الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية » .

والمزارعة أو المحاقلة هي المعاملة على الأرض ببعض مايخرج منها ، وقد اختلف الفقهاء فى تعريفها حسبما اختلف نظرهم فى تكييفها ، فإن بعضهم منعها وبعضهم جوزها ، والمجوزون لها قد اختلفوا فى تكييفها على أوجه فأبو حنيفة والشافعى ومن وافقهما رأوا أن عقد المزارعة عقد إيجار وعرفها الإمام أبو حنيفة بأنها استئجار للأرض ببعض مايخرج منها وعرفها الشافعى قريباً من ذلك بأنها معاملة على الأرض ببعض مايخرج منها والبذر من المالك . أما المالكية والحنابلة فيرون أن المزارعة شركة وعرفها المالكية شرعاً بأنها الشركة فى الزرع بشروط مخصوصة ورأى الصاحبان أبو يوسف ومحمد أنها إيجار فى الابتداء وشركة فى الانتهاء[١] .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم إيجار الأرض وللمزارعة اختلافاً كبيراً نظراً لورود آثار عديدة فى الموضوع ، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم النهى عن كراء الأرض والنهى عن إعطائها للعامل معاملة عليها وفى تمييز مالك الأرض أو العامل بقطعة من الأرض يختص بزرعها أو بجزء يأخذه من الخارج قبل القسمة . كما ورد كذلك إباحة كراء الأرض بالذهب والفضة كما ورد جواز التعاقد بجزء مما يخرج من الأرض كما فى معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر من اليهود .

والمانعون لتأجير الأرض مطلقاً هم الظاهرية[٢] فلا يجوز عند ابن حزم الظاهرى

---

(١) أورد الأستاذ عباس حاده فى مذكراته لطلبة دبلوم الشريعة بجامعة الاسكندرية هذه التعريفات ص ١٠ ، ويلاحظ أن الخلاف قد يصل إلى اعتبارها عقد لازما أو غير لازم فمن غلب جانب الشركة فى المزارعة اعتبرها غير لازمة ومن غلب جانب الاجارة رآها لازمة بالعقد منح الجليل جـ ٣ ص ٣٣٩ .

(٢) قال ابن حزم فى المحلى : لا يجوز كراء الأرض بشىء أصلا لا بدنانير ولا بدراهم ولا بعرض ولا بطعام مسمى ولا بشىء أصلا ولا يحل فى زرع الأرض إلا أحد ثلاثة إما أن —

إلا المزارعة بجزء مسمى مما يخرج من الأرض أو المساقاة إذا كانت الأرض مشجرة بالنخل لا غير ، واستدل ابن حزم على ذلك بما ورد من الشارع من النهى عن كراء الأرض وأعمل إطلاقه ، إذ روى البخارى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم كما رواه الأوزاعى بسنده عن جابر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن أبى فليمسك أرضه» وروى مسلم عن أبى هريرة ما يطابق هذا الحديث ، وكذلك ما رواه أبو سعيد الخدرى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة (والمحاقلة كراء الأرض)[1] . وهذا الرأى فى الواقع وإن استند إلى الأحاديث الواردة فى شأن إيجار الأرض والمزارعة يضيق على الناس فى كثير من حاجاتهم العملية وما زال الناس يستأجرون ويؤجرون الأرض منذ عهد النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليوم .

لذلك كان فقهاء الجمهور ممن حملوا الأحاديث التى وردت بالنهى على أن المراد منها ما كان من المزارعة مشتملا على شرط فاسد يترتب على وجوده الضرر أو الغرر . وهنا نرى أن إيجار الأرض فى مذاهب الجمهور مسلم وهو فى ذاته تظهر وجاهته وإنما يمنع منه ما كان مؤدياً إلى الضرر أو الغرر

= يزرعها صاحبها بآلته وحيوانه وأعوانه أو يبيح لغيره زراعتها ولا يأخذ منه شيئاً إلا إذا اشتركا فى الحيوان والآلة على ألا يأخذ مقابل الأرض شيئاً وإما أن يعطى أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه وأعوانه وآلته بجزء مسمى كالنصف أو الثلث والباقى للزارع سواء خرج من الأرض أو لم يخرج (المحلى ج ٨ ص ٢١١ بتصرف يسير) ودفع ابن حزم حجة القائلين بجواز إيجار الأرض بالنقد أو بجزء من المحصول بتفصيل يغنى عنه ذكر ما انتهى إليه . على أننا نرى أن ابن حزم وقد ذكر أن صاحب الأرض فى الفرض الأول يزرعها بأعوانه لم يعرض لنا ما يقتضيه هؤلاء الأعوان وهل يجوز أن يكون ذلك جزءاً فى المحصول أم لا .

(١) مذكرات الأستاذ عباس حماده المشار إليها ص ١٥ .

والضرر الذى يلحق أحد العاقدين دون فائدة تقابله ليس إلا عاملا من عوامل فساد المعاوضة ، أما الغرر فهو بذاته من أسباب فساد المبادلة فى الفقه الإسلامى .

واحتج فقهاء الجمهور بما روى مما يجيز كراء الأرض بالذهب والفضة بما رواه مسلم عن حنظلة قال سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والفضة فقال لا بأس به إنما كان الناس على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يؤاجرون على إقبال الجدول وأشياء من الزرع ، فيهلك هذا ويسلم هذا ويسلم هـــذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه فاما شىء معلوم فلابأس به ، غير أنه قد يرد على ذلك بأن الاعتبار فى النهى هو لعموم اللفظ لابخصوص السبب إلا أن هذه القاعدة ليست مسلمة فى أصول الفقه[1] .

كما يحتج الجمهور بأن قصر المعاملة فى الأرض على زرعها أو منحها لشخص آخر قد يكون راجعاً إلى ظرف معين من ناحية الزمان أو المكان وليس نهياً مطلقاً ، أو قد يكون النهى بسبب التنازع على كراء الأرض ويستدل على ذلك بما رواه زيد بن ثابت معترضا على رواية رافع بن خديج بأن ذلك النهى كان بسبب نزاع رجلين من الأنصار جاءا إلى الرسول صلوات الله عليه وسلامه فقال : «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع» كما احتج الجمهور بما يستدل به المانعون من ترك ابن عمر لإجارة الأرض بأنه كان على سبيل التورع والاحتياط، ويجيز الحنفية إجارة الأرض بكل شىء عدا الزرع الذى يخرج منها[2]

---

(١) المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢١ .

كذلك قول مالك وقول الشافعي[1]، أما الصاحبان فقد ذهبا إلى جواز إجارة الأرض ولو بجزء مما يخرج منها[2] .

والواقع أنه لا فرق بين تجويز إيجار الأرض بالذهب والفضة أو بجزء مما يخرج منها ذلك أن الخشية من وقوع الضرر على أحد المتعاقدين قائمة في الحالين، والعبرة هنا يجب أن تكون بقيام الغرر في طبيعة المعاملة أم عدم قيامه وبذلك فإنه يستوى أن تؤجر الأرض بالنقد أو بجزء مما يخرج منها لأن النقد مقدر بذاته ، وما يخرج من الأرض يسهل تقديره وتثمينه ، أما الخشية من عدم وجود الثمر فهي قائمة في الحالين ولا يمكن اتقاؤها ، والمانعون لكراء الأرض بجزء مما يخرج منها يحتاطون لصاحب الأرض والعامل إذ قد يضار أحدهما من عدم طلوع الثمر أما من يمنعون الإيجار مطلقاً فهم في الغالب يحتاطون لحق العامل ، لأن صاحب الأرض لن يضار بعدم طلوع الثمر .

على أن المانعين للمزارعة وهي عقد بين مالك الأرض والعامل على أن يزرعها بجزء مما يخرج منها، يصطدمون بعمل المسلمين منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وكانت المزارعة العادلة « التي يكون فيها المقطع والفلاح على حد سواء من العدل »[3] هي عمل المسلمين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين وقول أكابر الصحابة كابن مسعود وزيد بن ثابت وغيرهم وهي مذهب فقهاء الحديث كابن حنبل والبخاري وعدد ابن قيم الجوزية من قال بها من الصحابة في المذاهب كالليث ابن سعد وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وغيرهم ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج

---

(١) المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢٠٢٩ .

(٣) يراجع الأم للشافعي جـ ٣ ص ٥٥ ، ٢٣٨ وقد منع المزارعة بجزء من الزرع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنها — وقارن الطرق الحكمية ص ٢٩٣ .

منها من غرس وزرع حتى مات صلوات الله عليه وسلامه ـ ولم تزل تلك المعاملة حتى اجلاهم عمر بن الخطاب عن خيبر ـ وكان شارطهم أن يعمروها من أموالهم وكان البذر منهم لا من النبي صلى الله عليه وسلم ، والبذر يجوز أن يكون من العامل أو من رب الأرض أو منهما معا ، وقد ذكر البخارى فى صحيحه أن عمر بن الخطاب عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، ويقول ابن قيم الجوزية إن الذين منعوا المزارعة احتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة ، ولكن الذى نهى عنه هو الظلم فالمعاملة مبناها على العدل بين الجانبين(١) والعبرة كما ذكرنا سواء فى بيع المعدوم المتعاقد عليه أم غيره هى بالعدل فى المعاملة — أو بالأحرى كما نقول الموازنة بين حقوق العاقد والتزاماته — فالمزارعة أحل من المؤاجرة وأقرب إلى العدل فإنهما يشتركان فى المغنم والمغرم بخلاف المؤاجرة فإن صاحب الأرض تسلم له الأجرة والمستأجر قد يحصل له زرع وقد لا يحصل .

والحنفية وإن منعوا إيجار الأرض بجزء مما يخرج منها (عدا الصاحبين كما سبق أن ذكرنا) فإنهم يجيزون المزارعة استحسانا لا قياساً،لأنهم لم يساووا بينها وبين الإيجار إذ الأجرة فى الإيجار معلومة بخلاف المزراعة ولم يجعلوها شركة لأن الشيء المشترك معدوم ولكنهم قالوا انها إجارة ابتداء وشركة انتهاء وبذلك أجازوها عن طريق الاستحسان،ويظهر أنهم أخذوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الشيخان والبيهقى عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من كان له فضل أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه فإن أبى فليمسك أرضه » .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٩٣ — ٢٩٤ ط ١٩٦١ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٦ .

ويقول ابن عابدين فى رد المحتار أن الإمام (أبو حنيفة) فرع هذه المسألة (المزارعة) على قول من جوزها لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله ، والواقع أن من لا يجيز المزارعة من الحنفية جرى وراء الصياغة والقياس المحض دون النظر فى التوفيق بين النصوص ومراعاة الحاجيات . ولعل ذلك ما دفع إلى إيراد بعض الحيل توصلا إلى المزارعة ومنها أن يكون البذر وآلات الزرع شركة بين رب الأرض والعامل وأن يستأجر صاحب الأرض العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة[1] والواقع أننا نخرج من مذاهب الفقه الإسلامى بأن إيجار الأرض جائز وأن المزارعة جائزة[2] عند الجمهور وأنها عند الإمام أبى حنيفة يعتبر فيها الخلاف الوارد بشأنها، ولذلك لم ينه عنها أشد النهى كما يقول الأستاذ عباس حماده فى مذكراته ، غير أن أهم من جوازها هو ما تكون به المزارعة عادلة أى على شروطها التى تجعل المعاوضة فيها معتبرة من الشارع بحيث يتحقق فيها التوازن فى مضمون العقد، ويمكن أن يكون مثلا لذلك معاملة النبى صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر من اليهود ومعاملة عمر بن الخطاب التى عامل بها الناس فى المزارعة.

المزارعة فى القانون :

وقد عمد المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ٥٢ إلى تحديد أقصى إيجار للأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة المفروضة عليها حتى لا يخرج الفلاح من الإجارة مهضوماً إزاء مالك الأرض ، وعدل بذلك عن ترك تحديد الأجرة للمتعاقدين طبقاً للمادة ٥٦١ مدنى ، وتناول المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ٥٢ وتعديلاته حكم المزارعة فجعل نصيب المالك لا يزيد على النصف بعد خصم جميع المصروفات فى المادة ٣٣ من المرسوم، وحددت اللجنة العليا للاصلاح الزراعى بقرار منها ما يلزم به المالك

(١) مذكرات فى الفقه المقارن للأستاذ عباس حمادة ص ٣٧ فى الهامش .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨ والهامش ١ ، ٢ .

وما يلزم به المستأجر وما يكون مناصفة بينهما [١] . وكل ذلك يهدف إلى جعل إيجار الأرض الزراعية فى الصورة التى تكون الأجرة فيها نقداً أو جزءاً شائعاً منسوبا إلى المحصول ـ محققاً للعدل فى المعاوضة بين مالك الأرض والعامل وهو ما عناه فقهاء المسلمين عند النظر إلى إيجار الأراضى الزراعية أو المزارعة وكان ذلك الهدف هو محل نظرهم سواء عند نظرهم إلى منع المزارعة مطلقاً أو عند النظر فى شروطها .

المقامرة والرهان والغرر :

وقد حرمت الشريعة الإسلامية المقامرة لأنها تخل بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع. ذلك أن المقامرة بطبيعتها تجعل أحد طرفيها خاسرا الغرم كله أو رابحاً

---

(١) يراجع القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ وقد وضع ذلك القانون فى المادة ٣٣ مكرر ب تنظيماً لالتزامات كل من المؤجر والمستأجر فى حالة المزارعة فجعل جميع الضرائب والرسوم تقريباً على المؤجر وكذلك جميع الترميمات والتحسينات الرئيسية للزراعة والمبانى والآلات وجعل جميع العمليات اللازمة للزراعة وكذلك تسميد الأرض بالسماد البلدى وتطهير المساق والمصارف على المستأجر ـ ثم قسم مصروفات مقاومة الآفات الزراعية والحشرات والرى بالآلات الميكانيكية وجمع وتجهيز المحصول وأثمان التقاوى والأسمدة الكيماوية وضريبة الدفاع المنصوص عليها فى القانون ٢٧٨ لسنة ٥٦ مناصفة بين صاحب الأرض والزارع ـ وأوجب ألا يزيد نصيب المؤجر (صاحب الأرض) على النصف فى الغلة بعد خصم المصروفات التى يلزم بها مناصفة مع المستأجر ـ ويلاحظ أن عملية المعاوضة والمبادلة فى المزارعة وهى عقد ملزم للجانبين خضعت للاشراف الكامل بل وللتنظيم من الشارع بتحديد عناصر المعاوضة لكل من المؤجر والمستأجر ـ وهو مايتفق مع الفقه الإسلامى تماما ـ وفى بحث الاباحة للأستاذ الدكتور سلام مدكور عرض لسلطان ولى الأمر فى الأحكام للتنظيم الاقتصادى ص ٣٠٥ وما بعدها بما يؤكد أن الفقه الاسلامى يمكن أن يسند كل إجراء يتخذه الحاكم من تحديد الأجر أو الثمن أو التسعير على أساس أن من حق الحاكم أن يجعل المباح واجباً أو حراماً إذا حدث ما يوجب ذلك وأورد سيادته الأدلة الناهضة عليه وما سبق من أحكام الخلفاء الراشدين ـ على أن سيادته إن كان رأى إباحة ذلك لولى الأمر إلا أنه حده بان يكون ذلك حكما استثنائيا موقوتا بالحاجة بحيث إذا زال هذا المقتضى زال القيد ـ وهذا ما يجعل رأيه عادلا إذا نظرنا إلى الفرد ونظرنا إلى المجموع .

الغنم كله فهى بطبيعتها لا تؤدى إلى التوازن فى حقوق العاقدين والتزاماتهما ، وقد حرم القرآن المقامرة بتحريم الميسر وهو ضرب من ضروب القمار[1] ، والعلة فى تحريم المقامرة هى أن أحد المقامرين يكون غانماً أو غارماً[2] ، ولذلك فإنه فى السباق إذا أخرج كل من المتسابقين مالا لا يجوز لأن كلا منهما متردد بين أن يغنم أو يغرم وهو صورة من القمار[3] ، وليس هنـاك استثناء فى الفقه الإسلامى من تحريم ما يعد قماراً بضابطه الذى تقدم .

أما إذا تراهن شخصان أو تسابقا ، وكان العوض الذى يناله من يسبق أو يصح قوله منهما ، من أحد غيرهما فإن ذلك يجوز ، ونرى هنا أن العلة قد تخلفت لأنه ليس هناك معاوضة تختل ، وكذلك إذا وعد أحد المتسابقين الآخر بجائزة إذا هو فاز عليه لأن ذلك لا يعد قماراً[4] فلا يربح فيه أحد الغنم كله ويخسر الآخر الغرم كله . غير أنه لا يجوز أن يتراهن المتسابقان على أن من يسبق يأخذ ما قدمه كل منهما من جعل لأن ذلك ينطبق عليه ضابط القمار الذى قدمناه ، والمسابقة تكون فى النصل أو الخف أو الحافر للحديث ـ لا سبق إلا فى نصل أو خف أو حافر ـ وذلك لأن المسابقة تعين على التدريب فى هذه الأمور وهى عدة للحرب ولذلك أضاف الفقهاء لها المصارعة أو مسابقة السفن لنفس العلة[5] .

---

(١) وتحريم الميسر ورد قطعياً فى الآية : « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » المائدة ٩٠، ٩١ — والاستفهام الذى ورد فى نهـاية الآية من الاستفهام الانـكارى ، وهو يفيـد التحريم قطعاً .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٦٥٤ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٣) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ج ٢ ص ٣٧٥ .

(٤) ويجوز العوض أو الجائزة من أحد المتسابقين أو من الإمام — المرجع السابق ، وقيد المسابقة بألا تـكون فى الأعمال الخطرة ص ٣٧٣ .

(٥) رد المحتار ج ٦ ص ٣٥٤ ، المغنى ج ٨ ص ٦٥٣ ، حاشية الشرقاوى ص ٣٧٣ .

وينطبق على المقامرة بلا جدال أنها تؤدى بطبيعتها إلى اختلال التوازن فى مضمون العقد ، فلا يمكن مع طبيعة العقد أن نضمن ذلك التكافؤ الذى يتطلبه الشارع فى المعاوضة ، وفى السباق الذى ينطبق عليه ضابط المقامرة تجرى نفس القاعدة لأنه فى الواقع يعد مقامرة .

القانون المدنى والغرر :

إذا نظرنا فى القانون المدنى إلى بعض صور الغرر التى أسلفناها فى الفقه الإسلامى وجدنا خلافاً واسعاً يرجع فى الأصل إلى اهتمام الفقه الإسلامى بشرط التكافؤ فى مضمون العقد فى عقود المعاوضات والذى تدور عليه أحكام الغرر ، مع غيرها من أسباب اختلال المعاوضة .

فالقانون المدنى يجيز فى المادة ١٣١ التعاقد على شىء مستقبل ، ولا يشترط سوى أن يكون محل الالتزام ممكن الوجود ـ أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل . فيجوز بناء على ذلك بيع زرع لم يظهر ومصنوعات لم تصنع بعد ونتاج ماشية لم تولد أو منزل لم يبدأ بناؤه ولا يحرم القانون التعامل فى الأشياء المستقبلة إلا فى خصوص التركات المستقبلة ورهن المال المستقبل، وقد قصد القانون مخالفة ما هو معروف من حكم بيع المعدوم فى الفقه الإسلامى[1] .

وقد نص القانون المدنى فى الكتاب الثانى منه فى العقود المسماة — فى الباب الرابع — على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان[2] ، وأباح لمن

---

(١) الوسيط للسنهورى ط ١٩٦٤ ص ٤١٠ والهامش رقم ٢ .

(٢) الوسيط للسنهورى جـ ٧ المجلد الثانى — والعقد رضائى وملزم للجانبين واحتمالى ص ٩٨٧ — ٩٨٨ واسم الباب عقود الغرر مأخوذ من الفقه الإسلامى .

خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولوكان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (م ٧٣٩) — والحكم ببطلان العقد يتفق مع الفقه الإسلامى ، وكذلك الحكم باسترداد ما دفع نتيجة للعقد الباطل فيما عدا تقييد ذلك بمدة معينة — غير أن المشرع قد استثنى الرهان الذى يعقده المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية وإن كان أباح للقاضى أن يخفض مبلغ الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، كما استثنى ما رخص فيه من أوراق النصيب (م ٧٤٠) وهذا الاستثناء بشقيه غير جائز فى الفقه الإسلامى ، ونلاحظ أن سبب بطلان الاتفاق فى القانون هو المخالفة للنظام العام والآداب[1] . غير أن سبب البطلان فى الفقه الإسلامى هو أن العقد تختل فيه المعاوضة بسبب الغرر وهذا السبب لبطلان المقامرة والرهان أدق لأنه لا يظهر وجه إخلال المقامرة بالآداب وكذلك الرهان بقدر ما يظهر إخلالها بالمعاوضة ، وهو السبب الحقيقى فى تحريمهما سواء فى الفقه الإسلامى أو فى القانون ، ولا يصدق اعتبارهما مخالفين للآداب إلا إذا رجعنا إلى الآداب التى يتطلبها الشرع الإسلامى فى المعاملات ، ويجعل اتباعها قانوناً فى تحريم أكل أموال الناس بالباطل سواء كان ذلك بسبب الربا أو الغرر .

كما نظم القانون المدنى المرتب مدى الحياة سواء كان بغير عوض أو كان بعوض ، وسواء ترتب الالتزام بأداء المرتب مدى الحياة بعقد أو بوصية فى المادة ٧٤١ مدنى وما بعدها ، وأجاز الالتزام باداء المرتب مدة حياة الملتزم أو الملتزم له أو ثالث ، واشترط الكتابة لصحة العقد (م ٧٤٣) . وإذا كان المرتب لمدى الحياة بغير عوض كان تبرعا وخرج من نطاق البحث لأننا نبحث الغرر

(١) المرجع السابق ص ٦٩٣ .

فى المعاوضات أو العقود اللازمة . أما إذا كان المرتب مدى الحياة بعوض كان البحث فى جوازه أو عدم جوازه فى الفقه الإسلامى[1] .

عقد التأمين والغرر :

نظم القانون المدنى عقد التأمين باعتباره من عقود الغرر ، وقد عرّف عقد التأمين فى المادة ٧٤٧ منه بأنه « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه ، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » وأخذ البعض على هذا التعريف أنه لا يبرز الوجه الفنى للتأمين[2] ، والتأمين من عوامل الأمان وتنشيط الأئتمان ووسيلة لتكوين رؤوس الأموال، وعامل من عوامل الوقاية[3] .

وينقسم التأمين من حيث الموضوع إلى تأمين الأضرار وتأمين الأشخاص

---

(١) تعتبر العمرى — وهى من عقود التبرعات فى الفقه الإسلامى شبيهة بالمرتب مدى الحياة — والعمرى جائزة بالأحاديث النبوية ، واختلف فيها الفقهاء وصورتها الغالبة أن يقول شخص لآخر أعمرتك دارى هذه مدة حياتك أو حياة الملتزم أو حياة شخص ثالث — وذهب البعض إلى أنها تمليك للمنافع فى المدة المعينة بحياة الشخص « بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣١ » ومن هؤلاء مالك — وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها هبة بالمال كله ، ويبطل التاقيت « رد المحتار جـ ٤ ص ٧١٦ ، المغنى جـ ٥ ص ٦٣٥ » — أما المرتب مدى الحياة فى الوصية « أى تبرعاً » فتفق على جوازه ونظمه قانون الوصية — وقد أورد بعض الفقهاء ما يعتبر عمرى بعوض وهو ما يعد مرتباً لمدى الحياة بعوض كمن دفع داره لرجل على أن ينفق عليه طيلة حياته « المنتقى على الموطأ جـ ٥ ص ١٤ » أو من يبيع داره بالنفقة عليه مدة حياته « الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٣ ص ٥٠ » وقد أفسدها مالك وصاحب الشرح الكبير للغرر — والمرتب مدى الحياة بعوض يدخله الغرر بطبيعته من غير حاجة فضلا عن قلة التعامل به كما هو مشاهد بخلاف عقد التأمين — ولذلك فهو فى نظرى لا يجوز فى الفقه الإسلامى .

(٢) التأمين للبدراوى ص ١٤ ط ١٩٥٧ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦ .

والغرض من تأمين الأضرار تعويض الشخص عن ضرر يصيب ذمته المالية عند تحقق الخطر كالحريق أو السرقة مثلا ، وتأمين الأشخاص يشمل أنواع التأمين المتعلقة بالانسان من حيث وجوده وسلامته ويقصد به دفع مبلغ من المال إذا وقعت الكارثة وليس لهذا النوع من التأمين صفة تعويضية .

والتأمين قد تتولاه جمعيات تعاونية وقد تتولاه شركات مساهمة ، وفى حالة التأمين التعاونى ــ يكون الاتفاق على أن يعوض كل عضو عن خسارته من الحادث المؤمن منه بقدر الخسارة ويكون التعويض ممن أصابه الضرر ومن غيره ممن لم يصبهم ضرر ، ويكون تسوية حساب المتعاونين فى نهاية العام ، أما شركات المساهمة فهى تقتضى القسط مقدماً وتقاضى القسط مقدما وقدره مبنى على أساس رياضى وإحصائى . كما تستهدف الشركات الربح من وراء عمليات التأمين

أنواع التأمين على الحياة :

والتأمين على الحياة ينقسم إلى ثلاثة أنواع رئيسية أولها التأمين لحال الوفاة ويتخذ هذا النوع صورة التأمين العمرى أو لدى الحياة ، وصورة التأمين المؤقت ، وصورة تأمين البقيا وفى الصورة الأولى يدفع المؤمن المبلغ عند وفاة المؤمن له أو الغير أياً كان تاريخ الوفاة ، وفى الصورة الثانية يدفع المؤمِّن المبلغ إذا توفى المؤمن على حياته خلال المدة المحددة ، وفى الصورة الثالثة يدفع المؤمِّن المبلغ المتفق عليه إلى المستفيد ، فى حالة وفاة المؤمَّن على حياته بشرط بقاء المستفيد حياً بعد وفاة المؤمَّن على حياته .

والنوع الثانى من التأمين : هو التأمين لحالة الحياة ويدفع فيه المؤمن مبلغاً من المال للمستأمن إذا ظل على قيد الحياة فى تاريخ معين ويتخذ هذا النوع صورتين . أن يدفع المؤمن فى مقابل قسط دورى أو وحيد مبلغاً للمستأمن إذا

بقى على قيد الحياة فى تاريخ معين وإلا أحتفظ المؤمن بالأقساط وبرئت ذمته ، وإما أن يدفع المؤمن للمستأمن راتباً إذا بقى على قيد الحياة فى تاريخ معين . بدلا من المبلغ المتجمد ـ وتبرأ ذمة المؤمّن إذا توفى المستأمن قبل التاريخ المعين .

والنوع الثالث من التأمين : هو التأمين المختلط وهو أكثرها شيوعا وينطوى على النوعين السابقين ، وأهم صوره التأمين المختلط البسيط وفيه يدفع المؤمِّن المبلغ إلى المؤمن له إذا ظل حيا أو لورثته فى حالة الوفاة ، وهناك صورة التأمين المختلط المركب وصورة التأمين المختلط لأجل معين[١] .

حكم عقد التأمين فى الفقه الإسلامى :

رأينا أن الغرر من بين أسباب اختلال المعاوضة فى العقد اللازم ، وقد نظم القانون المدنى عقد التأمين ضمن عقود الغرر ، وصفة الاحتمال فى عقد التأمين لا ينكرها الفقهاء[٢] .

وبيان حكم عقد التأمين فى الفقه الاسلامى يجب أن يتمشى مع أحكام هذا الفقه بصفة عامة،فليس هناك فائدة من محاولة قياس عقد التأمين بتنظيمه الحالى فى القانون وصوره المعروفة فى العمل على العقود اللازمة التى تناولها الفقهاء المسلمون وإنما يجب أن يتجه البحث فى ناحيتين :

أولاهما : هل يتضمن عقد التأمين غرراً يفسده فلا يجوز أم لا يتضمن غررا مفسداً للعقد .

وثانيتهما : هل الغرر الموجود فى العقد والمفسد له « بفرض وجوده » يقبل للضرورة أو الحاجة أم لا يجوز قبوله .

---

(١) التأمين للبدراوى ص ٢٧٣ — ٢٧١ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٣ — ١١٤ ، الوسيط جـ ٧ ص ١٠٨٩ .

ونشير إلى أن التأمين التعاونى جائز فهو لا يتضمن غرراً « لأن تسوية الحساب فيه تكون آخر العام على أساس ما دفع لتعويض المخاطر فعلا » . وهو أقرب إلى أن يكون تبرعاً متبادلا بين المتعاونين ، والتعاون فى ذاته تبرع وهو مطلوب من الشارع .

أما التأمين بقسط ثابت ، والذى تتولاه شركات مساهمة تتخذ التأمين وسيلة للكسب،وفى خصوص التأمين على الحياة بالذات بأنواعه التى ذكرناها، فقد يعتبر الغرر فيها من طبيعة العقد — إذ يدخل عمر الإنسان وهو مجهول ضمن عناصر العقد وقد يتوقف عليه ما يعود من العقد على أحد العاقدين — ولذلك رأى البعض أن التأمين على الحياة لا يجوز شرعاً لأن فيه مقامرة وخطراً والواقع أن التأمين يختلف عن القمار فى طبيعته فالأول تجنب للخطر ، والثانى هو اتجاه إليه فلا يستوى من يطلب الأمان لنفسه أو لورثته مع من يرغب فى اللهو بالمخاطرة بماله[1] .

ويجب أن نشير إلى أن عقد التأمين له صفة الاحتمال بالنسبة للمستأمن فحسب،إذ أن المؤمن يستطيع بأجهزته أن يعرف مقدار ما يعود عليه من عمليات التأمين ، وذلك بحساب الأقساط والمخاطر على أسس رياضية وفنية وذلك مما يقوم عليه التأمين ، وإن كان فى تعرضه لبعض الحوادث العامة ما يخل بهذه الأسس، إلا أن علاجها يكون بإعادة التأمين بالتعاون مع الشركات الأخرى . أما المستأمن فإن أحداً لا يستطيع إنكار أنه لا يستطيع أن يحدد ما يعود عليه من العقد عند انعقاده ــ وهنا يكون الغرر بالنسبة له ظاهراً .

---

(١) والأستاذ الصديق الضرير فى رسالته عن الغرر يضيف أن القانون يحرم القمار ويجيز التامين وهو مالا يستدل به راجع ص ٦٤٩ من رسالة الغرر .

وقد أنكر البعض صفة الاحتمال حتى بالنسبة للمستأمن واعتبر الأمان الذى يحصل عليه المستأمن هو موضوع العقد ومقابل القسط . غير أن الأمان ليس التزاماً على المؤمن مقابل القسط وإن كان غرضاً يبتغيه المستأمن[1] ، ولا يستطيع المؤمن ضمانه للمستأمن لاسيا فى التأمين لحال الوفاة ، وأجاز الأستاذ السنهورى التأمين باعتبار أن الضرورة تجيز مافيه من غرر[2] ، وأجازه الأستاذ الشيخ على الخفيف لأن الغرر الذى فيه مغتفر لأنه لا يفضى إلى النزاع كما هو مشاهد مع تعامل الناس بهذا العقد ، وأجازه الأستاذ الصديق محمد الأمين للحاجة[3]. واشترط أن يكون تعاونياً لأن الحاجة غير متعينة فى التأمين الذى تتولاه الشركات[4] .

وإذا اتجهنا إلى الفقه الإسلامى بصفة عامة وجدنا ما يعين على إجازة عقد التأمين . فهو عقد يحقق مصلحة لمجموع المتعاملين به ويقصد به من ناحية درء المخاطر ومن الناحية الأخرى إزالة أثرها أو التقليل منه كما فى حالة الورثة عند وفاة مورثهم ـ ويقول تعالى : «وخذوا حذركم»[5] . كما أن الصور الغالبة للتأمين على الحياة تتجه إلى نفع الورثة ـ وقد ندب الشارع إلى ترك مال للورثة فى حديث سعد بن أبى وقاص حين أراد أن يوصى بكل ماله أو بنصفه فنهاه الرسول صلوات الله عليه واختار له الثلث . مع كثرته ، وندبه إلى ترك مال لورثته .

---

(١) المرجع السابق ٦٥١ . (٢) الوسيط جـ ٧ ص١٠٨٩ .

(٣) الغرر وأثره فى العقود ص ٦٦٣ .

(٤) اقترح الأستاذ الصديق أن ينص فى عقد التامين الذى تتولى أمره الحكومة — على أن القسط الذى يدفعه المستامن يعد تبرعا منه . وهذا فى الواقع يعد مجرد حيلة لتجويز العقد إذ لايرد التبرع على نية المشترك فى التامين ، وفضلا عن ذلك فإن احتساب احتمالات المخاطر وتعويضها على أساس رياضى وإحصائى ينتج عنه بالضرورة ربح بعد تغطية المخاطر ، ويستوى أن يؤول الربح إلى شركة أو إلى الحكومة عند النظر فى جواز العقد .

(٥) سورة النساء آية ١٠٢ .

وإذا تبينا أن التأمين لا يقوم إلا بين فرد وجماعة . إذ لا يقوم التأمين بين فرد وآخر وإلا صار قماراً . تبينا أن التأمين كنظام يحتاجه الناس لأن تعاملهم لا يكون إلا مع جماعة تستطيع العمل على التقليل من المخاطر وإزالة أثرها بعد وقوعها ، وفضلا عن ذلك فإن وقوع الخطر المؤمن منه بين المستأمنين مؤكد مع عدم تحديد من يقع عليه فعلا . فالغرر إذا انتفى بالنسبة للمؤمن بناء على ما يجريه من طرق رياضية وإحصائية لاحتساب الأقساط وقيمة التعويض عن المخاطر التى تقع . فإن وقوع الخطر يكون مؤكداً بالنسبة للمستأمنين جميعاً دون أن يتحدد بشخص معين ، وإذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن المؤمن إذا ربح يكون ربحه من باب أكل أموال الناس بالباطل . إذ قد يكون تقليل المخاطر قد ساهم فيه المؤمن بما يتخذه من وسائل فنيـــة أو علمية أو إرشاد للمستأمنين يستهدف منه تقليل الخطر أو تخفيفه عند وقوعه ؛ ويكون الفارق بين ما يقتضيه المؤمن من أقساط من مجموع المستأمنين وما دفعه من مال لتغطية الخسارة التى تقع فعلا هو نتيجة جهده أو مقابل ما أنفقه .

وأهم ناحية يأتى منها الغرر فى عقد التأمين على الحياة عموماً هو اعتبار العمر الإنسانى عنصراً فى العقد بما يحمله ذلك من الاعتماد على أمر مجهول للانسان ، ولا يكاد يوجد فى العقد بعد ذلك ناحية يأتى منها الغرر ، وأرى أن ما رآه الأستاذ الشيخ على الخفيف من أن تعامل الناس بعقد التأمين يجعل الغرر الذى فيه مغتفراً هو رأى سديد ، ولا يهم قدر هذا الغرر لسبب التعامل فيه[1]

(١) اعترض الدكتور الصديق الأمين على رأى الأستاذ الشيخ على الخفيف بان الغرر الذى فى عقد التامين ليس يسيراً — وأنه يؤدى للنزاع — رسالة الغرر ص٦٥٦ — والوجه الأول مسلم — أما دعوى النزاع بسبب الغرر فلا تصح إذا راعينـا حجم التعامل بالقياس لما قد يثور من نزاع — رسالة الغرر ص ٦٥٦ — على أن الغرر اليسير مغتفر بذاته للحاجة وقد نص على ذلك الفقهاء — المدخل لابن الحاج جـ ٤ ص ٧٥ فيجب أن نتجاوز عن قدر الغرر بسبب التعامل فى العقد — وقدر الغرر ينظر فيه إلى نسبته فى العقد لا إلى قيمته المـادية — ونسبة الغرر فى المزارعة وفى التعاقد على لبن المرضعة أكبر حتى ولو قلت قيمته المـادية .

ذلك أننا لا نستطيع القول بأن الغرر الذى يأتى من عقد التأمين هو غرر يسير فى قدره لأن ذلك لاسبيل إلى القول به،فقد يتقاضى ورثة المستأمن قيمة التأمين كاملة بعد دفع قسط واحد،وقد يدفع المؤمن الأقساط عدة سنوات ثم يظل حياً « فى تأمين البقيا » فتبرأ ذمة المؤمن دون غرم ، وتجويز العقد بسبب تعامل الناس به ورد فى قول كثير من الفقهاء ، فالمزارعة رغم ما فيها من غرر جوزها الصاحبان لتعامل الناس واحتياجهم إليها[١] . مع ما فى طبيعتها من غرر كبير ويجوز التعاقد على لبن المرضعة مع عدم معرفة قدره لتعامل الناس[٢] وكذلك يجوز للسمسار الأجر لكثرة التعامل به وإن كان فى الأصل فاسداً[٣] كما أن بعض الفقهاء يجعل التعامل فى عقد دليلا على جوازه كما فى عقد الاستصناع[٤] . ولاشك أن كثرة تعامل الناس دليل على حاجتهم إلى العقد ، وليس من اللازم أن ترتفع هذه الحاجة إلى منزلة الضرورة ، وكثير من الفقهاء جعلوهما نظيرين فى المعنى .

وقد أفتى الأستاذ الشيخ محمد عبده : فى سؤال لمدير شركة أمريكية عن صحة عقد اتفق بمقتضاه أحد الأشخاص مع شركة على أن يعطيهم مبلغاً معلوماً فى مدة معلومة على أقساط معينة للاتجار فيما يبدو لهم فيه للصلحة وأنه إذا مضت المدة المذكورة وكان حياً يأخذ المبلغ مع ربحه من التجارة فى تلك المدة وإذا كان قد توفى خلالها يأخذ ورثته المبلغ أو يأخذه من يطلق له ذلك حال حياته ، بأن ذلك الاتفاق من قبيل شركة المضاربة وهى جائزة شرعاً ويجوز للشخص أو ورثته أخذ المال ، والسؤال ينصب على عقد التأمين المختلط مع

---

(١) مجمع الضمانات ص ٣١٤ . (٢) ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٣ — ٤٤ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٣ .

(٤) البدائع جـ٥ ص ٢٠٩ — وأورد الأستاذ سلام مدكور فى بحث الإباحة فى المبحث الثالث ص ٤٢١ أن من أسباب طروء الإباحة الاستحسان والعرف وأورد أمثلة لمعاملات جازت مع مافيها من غرر لتعامل الناس بها وأن السرخسى جعل الاستحسان نوعا من الترخيص.

الاشتراك فى الأرباح . إذ المبلغ المذكور فى السؤال هو مبلغ التأمين مضافاً إليه الربح[1] ، وهذه الفتوى تجيز بلا شك صورة عقد التأمين على الحياة وهو أكثر الأنواع التى يظهر فيها الغرر فى العقد .

والواقع أن عقد التأمين إذا اقتصر على الادخار والتعاون لما كان فيه خلاف من ناحية جوازه ، وناحية الاستثمار الذى تقوم به شركة التأمين لأموال المستأمنين يكون تقاضيهم ربحه حلالا إذ توزع الشركة هذا الربح فى صورة حساب القسط ويتحدد القسط مع النظر إلى هـــذا الربح ـ وهو ما يقع فى العمل فعلا .

والواقع أن الحاجة التى تقوم بالنسبة لعقد التأمين قد تتجاوز الحاجة فى العقد نفسه إلى الحاجة فى التنظيم الذى يتولى عملية التأمين — إذ لاشبهة فى جواز التأمين التعاونى كما أسلفنا لما فيه من صفة التعاون على البر وانتفاء الغرر — غير أنه قد لا يمكن القيام بعمليات التأمين كلها وبالقدر المشاهد فى الهيئات التى تتولاه عن طريق التعاون بين الأفراد إذ يحتاج القيام بعمليات التأمين إلى جهاز كبير قادر على القيام بالناحية الفنية فيه ، وقد تقوم الحاجة إلى التعامل مع الجهاز الذى يقوم بهذا العمل بدافع الربح . كما تقوم الحاجة إلى العقد نفسه[2] وكلاهما من الحاجة شرعا .

---

(١) الفتوى منشورة بمجلة المحاماة ـ السنة الخامسة ـ برقم ٤٦٠ ص ٥٦٣ وصدرت فى ٩ صفر سنة ١٣٢٩ هـ ويلاحظ أنه صدرت فتوى مخالفة من دار الإفتاء بأن عقد التأمين لا يجوز لأنه معلق على خطر ويعد قمارا ـ ومنشورة بمجلة المحاماة السنة ٥ رقم ٣٩٤ ص٤٦٦ وصدرت بتاريخ ١٩٢٥/١/١٥ من مفتى الديار المصرية (عبد الرحمن قراعة) .

(٢) قارن رسالة الغرر للاستاذ الصديق ص ٦٦٣ .

الفصل الثانى

اختلال المعاوضة بسبب الشرط

دور الإرادة الإنسانية فى العقد فى الفقه الإسلامى والقانون :

إن دور الإرادة فى إنشاء العقد وتحديد آثاره لم يكن على حالة واحدة فى جميع الأزمان والشرائع ، فإن ذلك يتوقف على النظرة للإرادة الإنسانية ذاتها ثم يأتى بعد ذلك دورها فى إنشاء التصرف القانونى وتحديد آثاره ، وإعطاء الإرادة دوراً واسعاً أو مقيداً فى إنشاء التصرف القانونى وتحديد آثاره يجىء تبعاً لظروف عديدة ، فالإرادة الإنسانية ذاتها يختلف النظر إليها فى مجتمع معين عن النظر إليها فى مجتمع آخر والجماعات الإنسانية تختلف فيما بينها فى نظم الحكم وفى درجة الثقافة الإنسانية التى تسود فيها، وتطور هذه النظم أو تقدم الثقافة التى تسود فى مجتمع معين يجعل دور الإرادة نفسها قابلا للتغيير بحسب البيئة والزمن .

فالإرادة ودورها فى إنشاء التصرف القانونى وتحديد آثاره يتوقف على أمرين أولها النظرة للارادة الإنسانية فى ذاتها وقيمتها الذاتية من حيث أنها تميز الإنسان وثانيهما حرية هذه الإرادة ومداها بالنسبة للمجتمع الذى تعيش فيه ، وثانى هذين الأمرين كما هو ظاهر يتوقف على الأمر الأول فإن بحث مدى الإرادة الإنسانية فى مجتمع معين لا يأتى إلا إذا كان هذا المجتمع على درجة من الرقى تجعل للارادة الانسانية الفردية قيمة فى ذاتها ، وتتوقع منها أن تكون قادرة على الاختيار وذلك فى الحدود التى لا تتعارض مع حرية الآخرين وحقوقهم ، وقبل أن نعرض لبحث مدى حرية العاقدين فى الشروط العقدية نرى أن نلم بنظرة الشريعة الإسلامية بصفة عامة إلى الإرادة الإنسانية .

فالإسلام كدين وشريعة يسير فى اتجاه واحد ، ولا يمكن إنكار حقيقة كهذه أو أن الفقه الإسلامى هو كما يفيد اسمه فقه الإسلام ، والإسلام يجعل للانسان من بين مخلوقات الله تعالى قيمة عالية ويصرح القرآن الكريم بأن الله قد كرّم بنى آدم ، وأن الانسان كما منح الحرية والإرادة الإنسانية فإنه يتحمل التبعة.

فالإرادة الإنسانية فى الإسلام لها قيمة فى ذاتها مادام الإنسان مكلفاً قال تعالى فى سورة القيامة « بلِ الإنسانُ على نَفسِهِ بَصيرة » وقال تعالى فى سورة الإسراء « وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه » . وأصول الإسلام فى الحساب الدنيوى والأخروى أن الانسان المكلف له ما كسب وعليه ما اكتسب .

وقد كان مقتضى استقلال الارادة الانسانية والتزامها بما تتجه إليه وهو مناط التكليف أن يكون لهذه الارادة دور كبير أو يقتصر الأمر على نشاطها فى دائرة التعاقد ، فيكون لها أن تنشىء التصرف القانونى وأن تحدد آثاره .

على أن ذلك فى الواقع ليس اتجاه الفقه الاسلامى فى دور الارادة الانسانية إلا فى إنشاء التصرف القانونى . أما تحديد آثاره وبالتالى فى مجال الشروط التعاقدية . فالشارع قد حدّ للعقود حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم هذه العقود[1] وإذاً فإن لنا أن نتساءل عن السبب فى جعل الارادة العاقلة المميزة مناطاً للتكليف ثم تحديد سلطان هذه الارادة من ناحية أخرى فى مجال العقود والتصرفات .

وفى رأينا أن التفرقة بين إنشاء التصرف القانونى وبين تحديد آثاره

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ٣٤١ ، محمد سلام مدكور فى الفقه الإسلامى ص ٤١٧ — ٤١٩ .

فى الفقه الاسلامى والتى تجعل اكتساب التصرف القانونى إنشاءاً مما يملكه المكلف وتجعل آثار هذا التصرف مما يملكه الشارع — هذه التفرقة — تجد لها سنداً يتفق مع كون الشريعة الاسلامية شريعة دينية ، كما يتفق ذلك أيضاً مع مارأيناه من أن سبب الالتزام هو المعاوضة المعتبرة شرعاً فى العقود الملزمة للجانبين (اللازمة) ، ومن البديهى أن الشارع إذا كان هو الذى يحدد آثار التصرف القانونى فإنما يهدف من ذلك إلى المصلحة والعدل ولا شىء غيرهما .

فاكتساب التصرف أو العقد عمل يتصف بالذاتية المطلقة وهو عمل يخص الفرد ويتأثر به الفرد أو الأفراد ولا يكاد يكون له تأثير على المجموع إذ أن إنشاء التصرف فى ذاته ليس إلا عملا يمارسه الفرد بإرادته ولا يكاد يظهر لتقييد هذه الارادة وجه من وجوه المصالح ولذلك فإن الشريعة الاسلامية لا تقيد الارادة فى إنشاء التصرف أو اكتسابه ولا تتدخل فى مجال إنشاء التصرف أو اكتسابه إلا لحماية العاقد نفسه باشتراط الأهلية عند اكتساب التصرف حماية العاقد نفسه — أو بمنع التصرف أو الاكراه عليه فى بعض الأحوال الاستثنائية حماية للمجموع .

أما تحديد آثار التصرف كتحديد آثار عقد البيع أو عقد الايجار أو المزارعة فإن الفقهاء المسلمين يجمعون على أن آثار العقود جعلية من الشارع « فالعاقد ينشىء العقد ولكنه لا ينشىء الآثار وتأثير إرادته فى تكوين العقد وإيجاده لا فى إعطاء أحكامه وآثاره وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من عمل الشارع لا من أعمال العاقد ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعلية شرعية [1] » وهذه القضية قد صرحت بها كتب الأصول والفروع . فالموجب للأحكام هو الله تعالى وقد أورد الشاطبى فى الموافقات أن الذى للمكلف

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢١٧ .

هو تعاطى الأسباب وأما المسببات فهى من فعل الله تعالى وحكمه[1] ، ومن ذلك يظهر أن آثار العقود والتصرفات هى من الشارع لا من العاقدين .

على أن اعتبار آثار التصرفات من جعل الشارع يظهر فى الشريعة الإسلامية سببه الواضح ، فما لا شك فيه أن الشريعة الاسلامية وهى شريعة دينية تعنى عناية فائقة بإقامة التوازن والتعادل بين حقوق العاقدين الناشئة من العقد ، وقد فضل الفقه الاسلامي ذلك الاتجاه أو بعبارة أخرى فضّل الاعتبار العملى وهو تحقيق التوازن فى مضمون العقد على الاعتبار الفنى وهو الاكتفاء بالرضا من المتعاقدين، فإذا كان الرضا كافياً لإنشاء العقد أو التصرف القانونى بوجه عام . فذلك حق ، ولا فائدة من تقليل دور الارادة فى إنشاء التصرف إلا فى حالة تكون فيها الارادة التى تنشىء التصرف غير سليمة . أو متعدية على حق أما آثار التصرف فيحددها الشارع تحقيقاً للاشراف المباشر على إقامة التوازن فى مضمون العقد . فليس الأمر إذاً مجرد المساواة القانونية فى مركز العاقدين ثم ترك إرادتيهما حرة فى تحديد آثار التصرف الذى اتجهت إليه إرادتهما ، وإنما يهم أيضاً إقامة التوازن فى مضمون العقد ، ومن ثم يتدخل الشارع فى تحديد آثار التصرف .

أصل الخلاف فى دور الارادة :

والخلاف فى هذه المسألة مرده إلى مسألة أخرى ، فهل الارادة هى التى تنشىء التصرف وآثاره أم أن الارادة يقتصر دورها على تحريك قاعدة قانونية فحسب ، وهنا نجد نظريتين إحداهما تعتد بإرادة المتعاقد فى التعبير فحسب ولا شأن لهذه الارادة بترتيب آثار التصرف الذى اتجهت إليه إذ تقوم به هنا

---

(١) الشاطبى — الموافقات جـ ١ ص ١٩٠ .

إرادة المشرع ، ووظيفة التصرف القانونى هنا تماثل وظيفة الواقعة القانونية فكل منهما يقتصر نشاطها على تحريك القاعدة القانونية وهذه القاعدة هى التى ترتب الأثر القانونى فى الحالتين فكل من التصرف القانونى والواقعة القانونية شرط لترتيب الأثر القانونى(١) .

وأما النظرية الثانية والتى يكون فيها تعريف التصرف القانونى بأنه إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى، فإنها تسند إلى الإرادة وظيفة ترتيب الأثر القانونى فهنا يبدو التصرف القانونى بآثاره نتيجة الإرادة التى اتجهت إليه وهذه النظرة نظرة فردية بلا جدال وتقوم فى مواجهتها النظرية الأولى والتى تجعل القانون هو الذى يحدد آثار التصرف .

القاعدة فى القانون ومداها :

القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين كما نصت على ذلك المادة ٢/١٤٧ مدنى ومعنى ذلك أن الإرادة الإنسانية تنشىء التصرف وتحدد آثاره ، والقاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٤٧ مدنى تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذى وصل إليه الفقه اللاتينى بعد تطور طويل ، وكان للعوامل الاجتماعية والسياسية أثر كبير فى الوصول إلى ذلك المبدأ فى القانون غير أن ذلك المبدأ قد وجهت إليه وبالأخص إلى المغالاة فى تطبيقه ، انتقادات عديدة بسبب نشأة المذاهب الجماعية والتى تجعل المجموع لا الفرد مركزاً لاهتمامها فتغيرت النظرة إلى مبدأ سلطان الارادة وبدأ يقل دوره حتى فى مجال القانون الخاص وفى دائرة العقود بالذات .

---

(١) نظرية العقد للسنهورى فقرة ٢٧٤ ص ٧٦ — ويقارب هـذا القول مبدأ جعلية الآثار فى الفقه الإسلامى — إذ التصرف الذى ينشئه المكلف هو مجرد سبب لترتيب آثاره من الشارع . راجع ما تقدم فى ص ١٢٨ — ١٢٩ وللمدخل للأستاذ سلام مذكور ص ٦٥٩ .

وإذا نظرنا إلى القانون المدنى المصرى والذى ينص على القاعدة المقررة فى المادة ١٤٧/٢ على مبدأ سلطان الارادة . فيجب أن ننظر أيضاً إلى الاستثناءات العديدة التى تحد هذا المبدأ حتى يمكن أن نقدر قيمته تقديراً سليما . فعقد الايجار مثلا وهو من أهم العقود لاتكاد الارادة تستقل فيه بتحديد الأجرة أو مدة الايجار وهما من أهم عناصر العقد لأن القانون ١٢١/٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتعديلاته يتولى ذلك ، وكذلك فى إيجار الأطيان الزراعية الذى ينظمه المرسوم بقانون ١٧٨/٥٢ وتعديلاته والتى وصلت بالقانون ١٧/٦٣ والقانون ٥٢/٦٦ إلى حد إنابة الجمعية التعاونية الزراعية فى التعاقد عن مالك الأرض إذا رفض التعاقد ، وكذلك ماتنظمه قوانين التموين وأهمها المرسوم بقانون ٩٥/١٩٤٥ من تنظيم الاتجار فى سلع معينة بما يسلب حرية البائع أحيانا فى التعاقد أو عدم التعاقد ، وبما يحدد السعر فرضاً على طرف من أطراف العقد مع العقاب الجنائى على مخالفة أحكامه ، ويضاف إلى ذلك ماراءاه الشارع من قوة بعض المؤسسات الاقتصادية عند التعاقد وما قد تشترطه مع المتعاملين معها من شروط تعسفية تفرضها عليهم مع حاجتهم إلى ذلك التعامل . فأورد فى القانون المدنى نص المادة ١٤٩ بشأن عقد الاذعان وقد أباحت للقاضى أن يخفف ما يكون شرطاً تعسفياً فى العقد أو يلغيه . فإذا نظرنا إلى ما تقدم أمكن لنا أن نزن مبدأ سلطان الارادة بميزان سليم يوضح لنا أن نظرة الفقه الاسلامى إلى آثار العقد وأنها من الشارع ، هى نظرة سديدة تتمشى مع النظار إلى المجموع قبل الفرد وهى النظرة التى تسود فى هذا العصر .

ما هو الشرط المقترن بالعقد :

الشرط لغة هو إلزام الشيء أو التزامه[١]، ويطلق الشرط عند الفقهاء على أحد أمرين أولها التزام المتصرف فى تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا وسواء ثبت باللفظ أم لا[٢] وثانيهما الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية والذى يتوقف وجود الفعل على وجوده ويعدم بعدمه من غير تأثير لوجوده فى وجود الفعل[٣] والنوع الأول هو الذى يهم فى بحثنا ، وهو الشرط الجعلى ويسمى العقد المشتمل عليه عقداً معلقاً على شرط ، وقد يكون الشرط له عمل فى أصل التصرف بمعنى أنه يتوقف عليه وجود التصرف أو لا يكون له عمل فى أصل التصرف فلا يتوقف عليه[٤] .

والشرط فى الفقه الاسلامى قد يشترطه العاقد وقد يكون شرطاً عرفياً إذا تعارف الناس عليه واعتادوا التزامه فى معاملاتهم وإن لم يذكر فى العقد ، وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة على اعتبار الشرط العرفى ، وفى المذهب الشافعى وجهان فى اعتباره وعدم اعتباره[٥] .

---

(١) لسان العرب مادة شرط جـ ٩ .

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكى الدين شعبان ص ٢٩ .

(٣) راجع ما تقدم ص ١٣٦ .

(٤) ومثال الأول بعت الدار إذا رضى فلان فالبيع نفسه متوقف على الشرط — ومثال الثانى بعت الدار بشرط أن أسكنها ستة أشهر فالتصرف عند قبول الشرط تام — والنوع الأول هو الشرط المنصوص عليه فى المادة ٢٦٥ مدنى « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » ولا يدخل فى دائرة البحث أما الثانى فهو المقصود .

(٥) نظرية الشروط ص ٤٣ — ٤٥ .

وقد يكون الشرط صفة فى المعقود عليه ويعتبر مع ذلك شرطاً ، ويجب أن تكون الصفة المشروطة مشروعة ، وألا تكون بذاتها تحتمل الوجود والعدم حتى لا نكون فى مواجهة غرر فى العقد وهو يفسد العقد بذاته .

ونحن نبحث الشرط باعتبار أنه قد يخل بالمعاوضة ، فى العقود الملزمة للجانبين ويفسد العقد به ، ولذلك فإننا نبحث النوع الأول وهو التزام المتصرف فى تصرفه بأمر من الأمور زائداً عن أصل التصرف ، ويضيف البعض تمشياً مع الهدف من البحث ألا يكون هناك غرر فى وجود الشرط وألا يكون محظوراً[1] غير أنه من المسلّم . أن الغرر أو عدم المشروعية يخل كل منهما بالعقد من جهته . ونحن نبحث الشرط الذى يخل بالمعاوضة التى يعتد بها الشارع والتى يستهدف منها التوازن فى مضمون العقد .

الشروط العقدية فى المذهب الحنفى :

يقول الزيلعى فى تبيين الحقائق : الأصل ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لأهل الاستحقاق مفسد لما رويناه ، فإن شرط ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى أو شرط الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لأنه يؤكد مقتضى العقد ، أو شرط فى العقد ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل أو الشرط الذى جرى به التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها أو شرط مالا منفعة فيه لأهل الاستحقاق — وأهل الاستحقاق هو البائع والمشترى والمبيع الآدمى لايفسد لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائماً ، وما عدا

---

(١) مصادر الحق للسنهورى ج ٣ ص ١٤٧ ، قارن المدخل للفقه الاسلامى سلام مدكور ص ٦٥٥ .

ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية من العوض فتفضى إلى الربا ولأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لأن المقصود من شرع الأسباب فى المعاملات قطع النزاع »[1] .

وهذه العبارة تدل بوضوح على أن الهدف من نظرية الشروط العقدية فى المذهب الحنفى هو مراعاة التوازن فى مضمون العقد ويظهر فيها ما نذهب إليه من أن أساس الالتزام وسببه بالنسبة للعاقد فى العقد الملزم للجانبين هو المعاوضة التى يعتبرها الشارع وأن تقييد حرية العاقدين فى الشروط العقدية هو مجرد تطبيق لهذه الفكرة كالربا سواء بسواء .

وجاء فى البدائع : الشروط الفاسدة أنواع منها شرط فى وجوده غرر كما لو اشترى جارية على أنها حامل لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم وأجاز هذا الشرط أبو حنيفة فى رواية الحسن بن زياد ، ومن الشروط شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع إن كان من بنى آدم كالرقيق وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس كبيع الدار على أن يسكنها شهراً أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً فالبيع فى هذا فاسد لأنه زيادة منفعة مشروطة فى البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وهو تفسير الربا ، وروى الحسن عن أبى حنيفة جوازه وبه أخذ الشافعى[2] . أما الشرط الذى لا يؤثر فى فساد البيع فهو ما لا منفعة فيه لأحد فيصح البيع ويبطل الشرط وهذا عند محمد وخلافاً لأبى يوسف وبذلك فإن المنفعة أو الفائدة

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥٧ المطبعة الكبرى الأميرية — وفى جملة البيع الفاسد ما يشترط فيه شرط فية منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد ص ١٤٣ حاشية الشلبى ويصح اشتراط الشرط الذى جرى به عرف ولو عند أهل بلد معين — فتح القدير جـ ٥ ص ٢٢١ .

(٢) البدائع جـ ٢ ص ١٦٦ — ١٧٠ .

التي يحققها الشرط هي محل النظر لأنها تكون خالية من العوض عنها والعقد ما دام ملزماً للجانبين كعقد البيع أو الإيجار فإن المعاوضة تكون جوهره ويجب أن تتحقق فيها الموازنة التي راعاها الشارع في حكم العقد ويكون اشتراط شرط زائد عن هذا الحكم وفيه منفعة لأحد المتعاقدين مما يفسد العقد ، ومثال ذلك بيع عبد بشرط استخدام البائع له مدة معينة فإنه فاسد لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط من العوض[1] .

وجاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي في « البيع الفاسد » منه البيع بشرط وهو أنواع إن شرط شرطاً يقتضيه العقد فالبيع جائز لأن هذا شرط مقرر موجب العقد فإن ثبوت الملك والتسليم والتسلم من مقتضى المعاوضات ، وإن شرطا مالا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل والخيار رخصة وتيسيراً فإنه لا يفسد العقد وهذا من باب الاستحسان والقياس أنه يفسد لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين معاً ــ وإن شرطا شرطاً لا يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع ، ولكنه يلائم العقد كالكفالة جاز وكذلك إذا شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا أنه متعارف جاز ذلك أيضا أما إذا لم يتعارفه الناس فالبيع فاسد وهذا مذهب علمائنا لأن اشتراط المنفعة الزائدة في عقد المعاوضة لأحد العاقدين من باب الربا أو شبهة الربا[2] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٢٢ — ويقول الأستاذ الزرقا أن شدة المذهب الحنفي في قاعدة الشروط ترجع للمبالغة في التمسك بمبدأ التوازن في حقوق العاقدين الناشئة عن العقد — المدخل الفقهي العام ص ٤٧٩ .

(٢) تحفة الفقهاء للسمرقندي طبعة دمشق سنة ١٩٥٨ جـ ٢ ص ٦٩ — ٧٥ بتصرف يسير .

ويمثل ما أوردناه نظرية مقتضى العقد ، فإن مقتضى العقد هو ما يرتبه العقد من آثار والتزامات على طرفيه ويعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه ، فهى الغاية الأساسية التى جعل العقد طريقا إليها وذلك كانتقال الملكية بعوض فى البيع والتمليك بلا عوض فى الهبة — ويصح البيع بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى وشرط حبس البيع لاستيفاء الثمن ولو شرط أن يقرضه البائع مالا ظهر الفساد وظاهر البحر ترجيح الصحة[1] .

وجاء فى الدر المختار لو قال بعتك بكذا على أن تقرضنى كذا جاز ، وذلك يرجع إلى تقييد الشرط بأنه « ما يرد بلفظ الباء ، وأن يكون الشرط فى صلب العقد » وجاء فى المبسوط للسرخسى أما أن يشترطا شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى فى البيع فالبيع جائز — لأن هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيد شيئا .

وجملة ما يراه المذهب الحنفى يتبين منه عدة أمور :

أولها : أن مدار بحث الشرط وهل هو فاسد ومفسد للعقد أم لا وهل هو جائز أم لا — هو الفائدة من وراء الشرط فإذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين زائدة عن مقتضى العقد قامت شبهة الربا لأن هذه الزيادة خالية من عوض — وذلك يؤكد ما نذهب إليه من أن جوهر العقود الملزمة للجانبين هو فى عملية المعاوضة أو المبادلة التى نظمها الشارع الإسلامى ، والتى تعتبر فى الواقع أساس التزام المتعاقد قبل المتعاقد الآخر متى تمت على الوجه الذى أراده الشارع .

ثانيها : أن الأصل فى المذهب الحنفى فى الشروط العقدية هو الحظر وأساس

---

(١) ابن عابدين ص ١٦٨ — ١٦٩ مطبعة دار سعادات .

هذا الحظر أن الشارع قد حدد آثار العقد أو على وجه آخر وضع لكل عقد مقتضاه بما يحقق التوازن بين حقوق والعاقد والتزاماته .

ثالثها : أن الخروج عن الحظر يجب أن يكون لسبب ، فإما أن يكون الشرط موافقا لمقتضى العقد كاشتراط ثبوت الملك مثلا المشترى أو اشتراط تسليم الثمن قبل تسلم المبيع ، وفى الواقع أن فى اشتراط ذلك لغو لأنه ثابت بمقتضى العقد ، وإما أن يكون الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط الكفيل بالثمن أو اشتراط تقديم رهن به ، وإما أن يكون العرف قد جرى باشتراط هذا الشرط وصحة هذا الشرط تأتى عن طريق الاستحسان إذ هذا شرط زائد على مقتضى العقد وغير مؤكد له وفيه منفعة لأحد العاقدين فهو فاسد قياسا ولكن الإمام وصاحبيه أجازوه استحسانا للعرف الذى يجرى به[1] وأخيراً فقد يرد من الشارع ما يدل على صحة اشتراط شرط معين فى العقد ومثل ذلك خيار الشرط فإنه لما أجاز الشارع أن يشترط أحد العاقدين أن يكون له فسحة من الوقت يعدل فيها عن التعاقد فى مدة معينة . كان هذا الشرط صحيحا لورود الشرع به .

رابعا : أن العقود التى تفسدها الشرط هى عقود المبادلات المالية أو المعاوضات فالشروط الفاسدة تفسد البيع والإجارة والقسمة والصلح على مال والمزارعة والمساقاة ، وهذا يدل بوضوح على أن الهدف من نظرية الشروط كما قدمنا هو ألا يقع اختلال فى المعاوضة لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر[2] .

---

(١) والعرف العام يجيز الشرط والعرف الخاص فيه خلاف كعرف أهل بلد معين — الحموى على الأشباه ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) وقد جعل بعض الفقهاء الرجعة وعزل الوكيل وغيرها مما ليس بعقود معاوضات مما تفسده الشروط — الزيلعى ج ٤ ص ١٣١ — ١٣٣ .

خامسا : أن تعليل فساد العقد يرجع إلى أن اشتراط منفعة زائدة على أصل العقد يعد ربا لأنه يخلو من عوض يقابله والعقود التى تتضمن المعاوضة يفسدها الربا[١] .

سادسا : أن الحنفية قد جعلوا مع الشرط الصحيح والشرط الفاسد الذى يفسد العقد نوعا ثالثا هو الشرط الباطل وهو ما ليس موافقا لمقتضى العقد ولا مؤكداً له ولم يرد به الشرع ولم يجر به عرف وليس فيه نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الانتفاع وهذا الشرط يلغو ولا يؤثر على العقد بفساد أو بطلان إذ يبطل الشرط ويصح العقد .

سابعا : أن عقود التبرع كالهبة والقرض والعارية تصح مع الشرط الفاسد ويلغو الشرط كما جاء فى الفتاوى الهندية[٢] ، ولا تعليل لذلك إلا خلو العقد من المعاوضة فلا يطلب التكافؤ فى مضمون العقد ، وقد يحتج بالنسبة لهذه العقود بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » فإن ذلك يفيد بطلان الشرط ولا مانع من أن يصح العقد ويلغى الشرط الباطل .

ومع ذلك فإننا نرى أن المذهب الحنفى — بعد أن أخذ بالشرط الوارد بنص من الشارع ، والشرط الذى جرى به العرف ، والشرط الذى يؤكد مقتضى العقد ، وبعد تفرقته بين الشرط الفاسد والباطل الذى يلغو ويصح العقد . قد اقترب من التوسعة التى تقتضيها الإباحة وإن كان الأصل عندهم الحظر[٣] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٧ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤٩٦ .

(٣) راجع المدخل للفقه الإسلامى — سلام مدكور ص ٦٦٤ .

رأى المالكية

والمالكية فى تطبيقاتهم للشروط المقترنة بالعقود أشد توسعة من الحنفية فهم يجيزون بعض الشروط التى لا يجيزها قياس الحنفية ، كاستثناء ركوب الدابة يوما أو يومين بعد بيعها[1] والبيوع المقترنة بالشروط فى مذهب مالك أربعة أحدها يفسخ به البيع على كل حال ولا خيار فى الربا والغرر فى الثمن أو المثمون وما أشبه ذلك ، والثانى يفسخ به البيع مادام مشترطه متمسكا به فإن رضى بترك الشرط صح البيع إن كان لم يفت فإن كان قد فات كان الأقل أو الأكثر من الثمن أو القيمة ، والثالث يجوز فيه البيع والشرط إذا كان الشرط صحيحاً ولم يؤل به البيع إلى غرر كشرط سكنى الدار مدة معلومة والرابع يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط وهو ما كان فيه الشرط غير صحيح إلا أنه ضعيف فلم يقع عليه حصة من الثمن كما لو اشترط إسقاط الجائحة لأن ذلك غير مقبول[2] . ويستثنى من ترك الشرط وعدم التمسك به ترك الخيار إلى أجل بعيد لأن ترك الشرط ليس تركا له فى هذه الحالة وإنما ترك للبيع أى تنفيذ للشرط[3] .

كما جاء فى المدونة أن البيع والسلف فاسد ذلك أن السلف الذى يجر منفعة هو أيضاً غير جائز[4] ، والظاهر من تطبيقات المذهب المالكى أنه يوسع فى الشروط أكثر مما رأيناه فى المذهب الحنفى ذلك أن البيع بشرط رهن حتى ولو لم يبين جائز ، وإن باع مع حمل المبيع دون بيان الحميل جاز أيضا[5] مع أن

(١) المدونة الكبرى جـ ٣ ص ٢٢٤ .

(٢) مقدمات ابن رشد — مطبوع مع المدونة جـ ٣ ص ٢٠٥ بتصرف يسير .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المدونة جـ ٣ ص ١٩٣ — ١٩٤ .

(٥) الحطاب جـ ٤ ص ٣٧٥ .

المذهب الحنفى يشترط كون الرهن المشروط معلوما وكذلك فى الحمل إلى المشترى[1] .

ويظهر مما تقدم أن ما يميز المذهب المـالـكى عدة أمور :

أولا : أن المنفعة التى تعود على العاقد من اشتراط الشرط ليست هى كل شىء فى بيان حكم الشرط فإذا كانت هذه المنفعة لا تمنع العاقد الآخر من حق أعطاه له الشارع جاز اشتراط المنفعة كركوب الدابة المبيعة يوما أو اثنين وسكنى الدار المبيعة شهراً مثلا ، ولـكن إذا كان الشرط يمنع العاقد الآخر حقاً أعطاه الشارع له لم يكن الشرط جائزا كاشتراط عدم بيع المبيع وتعليل ذلك واضح لأنه مناف لمقتضى العقد فلا يصح ، إلا إذا كان المنع لمصلحة جهة بر وبشرط أن يكون البر المطلوب معجلا حتى لا يؤول العقد أو الشرط إلى الغرر ، ومثل ذلك أن يشترط جعل المبيع من الأرض والبناء مسجدا فيكون ذلك معجلا ولا يترك فيه الأجل من غير تعيين .

ثانيا : أن نظرة المـالـكية إلى اختلال المعاوضة نتيجة الشرط هى نفس النظرة الغالبة على المذهب الحنفى ، فإذا كان اختلال المعاوضة كما ورد فى المقدمات لابن رشـد يسيرا أو ضعيفا بحيث لم يجعـل شىء من الثمن فى مقابلته صح العقد ولو أن الشرط غير صحيح ، لذلك فإن الشرط الذى قد تختل معه المعاوضة قد يقبل إذا كان الإخلال لصالح جهة بر لا لصالح أحد المتعاقدين — أو كان الإخلال يسيرا .

ثالثا : أن الشروط عند المـالـكية ثلاثة أقسام شروط تبطل هى والبيع

---

(١) التحرير المختار لرد المحتار للرافعى ج ٢ ص ١٢٥ .

معا وشروط تجوزهي والبيع معا وشروط تبطل ويثبت البيع ، ويقول ابن رشد أنه يظن أن عنده (الإمام مالك) قسما رابعاً وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الأصناف عسير[1] ، والواقع أن المذهب المالكى قد انفرد بهذا القسم الأخير من الشروط الذى أورده ابن رشد — وهو صحة العقد مع التنازل عن الشرط الباطل — وهو يشير إلى الحكمة من نظرة المالكية إلى الشروط وفسادها وفسادها العقود التي تقترن بها فيقول : « وإنما هى راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أى مايفيد نقصا فى الملك[2] ، فالشروط تفسد العقود لأنها تخل بالمعاوضة كالربا وكالغرر سواء بسواء .

رابعاً : أن من يتتبع تطبيقات المالكية يرى أن الشروط عندهم فى الواقع تصح إذا لم تخالف مقصود العقد ولم تؤد إلى الإخلال به لأن ذلك فيه مصلحة للعاقد الذى اشترط ولا يؤدى إلى محظور — أما إذا كان الشرط مؤديا إلى الاخلال بمقتضى العقد كتحريم بيع المشترى أو اشتراط انتفاع المرتهن بالرهن فإن ذلك الشرط يكون فاسدا ويبطل العقد[3] ، وفى تحريم بيع المشترى إذا كان عبداً ـ فقد قال المذهب الحنفى بفساد شرط العتق وهو بيع العبد بشرط عتقه لأن هذا الشرط فيه منفعة للمبيع ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه إذا البيع يوجب الملك والعتق يزيله فلا تكون بينهما ملاءمة ويذهب الحنفية[4] إلى ذلك أخذا بقاعدتهم فى الشروط وعلى قياسها — أما المالكية

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) أحكام المعاملات الشرعية لعلى الخفيف ص ٢١٣ .

(٤) الاروابة عن أبى حنيفة فى تصحيح شرط العتق — فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٧ .

فيصح عندهم هذا الشرط لأنه يتضمن مصلحة للبيع الآدمى ولا ينافى مقتضى العقد ولا يؤدى إلى الإخلال به .

ومن ذلك نرى أن المذهب المالكى أشد توسعة فى الشروط من المذهب الحنفى الذى أخذ بقاعدة فى الشروط وأجرى قياسها وهذه القاعدة يراعى فيها فى المقام الأول حفظ التوازن فى مضمون العقد بين العاقدين . على أن المذهب المالكى يراعى أيضاً حفظ التوازن فى مضمون العقد الملزم للجانبين إلا أنه يخرج عن ذلك إذا كان اختلال المعاوضة بسبب صالح جهة بر أو مصلحة المبيع إذا كان آدمياً . كما يخرج عنها إذا انتفى الإخلال بتنازل صاحب الشرط عن التمسك به أو كان الإخلال يسيرا ، والذى يدل على أن المذهب المالكى يرعى أيضاً حفظ التوازن فى مضمون العقد الذى يتضمن مبادلة أن المذهب المالكى حمل نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط على وجهين :

أولهما : الشرط الذى يناقض مقتضى العقد .

والثانى: الشرط الذى يعود بخلل فى الثمن - فأما الشرط الذى يناقض مقتضى العقد فهو الذى لا يتم معه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا — أما إذا خصص ناساً قليلا فيجوز — «سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن فقال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن »[1] .

ويقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى أنه يبدو أن المذهب المالكى قد تخطى عقبة فى تصحيح الشروط لم يجاوزها المذهب الحنفى أو الشافعى وهى مبدأ وحدة الصفقة . إلا فى مسألة

---

(١) الحطاب جـ ٤ ص ٣٤٤ .

البيع والسلف ، وأن المذهب المالكى لا يجاوز الشرط الفاسد فيه منطقة معقولة وان ذلك واضح فى الشرط الفاسد الذى يبطل العقد والشرط الفاسد الذى يبطل وحده ويبقى العقد[1] ، والواقع أن بطلان الشرط الذى يخل بمقصود العقد واضح وإبطاله للعقد المقترن به نتيجة سليمة ، ومع ذلك فقد خفف المذهب المالكى ذلك الشرط أيضاً وصححه إذا لم يكن المنع من التصرف مطلقاً بل محدداً بالمنع من التصرف لمعينين فحسب .

رأى الشافعية :

والشافعية يقتربون فى نظرتهم للشروط المقترنة بالعقود من نظرة الحنفية فهم يأخذون بمبدأ وحدة الصفقة ، وهذا المبدأ يضيق كثيراً من قاعدة الشروط فيجعلون شراء زرع بشرط حصده أو شراء ثوب بشرط أن يخيطه البائع باطلا، ولو اشترى حطبا مثلا على دابة بشرط إيصاله لمنزله لم يصح وإن عرف المنزل لأنه بيع بشرط وإن أطلق صح العقد[2] ولم يكلف بتنفيذ الشرط ، غير أن المذهب المالكى قد استثنى من القاعدة وهى حظر البيع والشرط أحوالا تدعو فى العمل إلى الاستثناء للحاجة إليها مثل الرهن والكفيل[3] . كما استثنى أيضاً بيع العبد بشرط عتقه من المشترى وذلك لتشوف الشارع إلى العتق « وقد رأينا أن المذهب الحنفى لا يجيز هذا الشرط » .

والشرط الذى يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه صحيح فى المذهب

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للسنهورى ج ٣ ص ١٣٨ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤٣٥ — والبيع بشرط قرض أو بشرط حصد الزرع باطل — الوجيز للغزالى ج ١ ص ١٣٨ .

(٣) المرجع السابق — وفى الشروط التى تفترط فى الرهن نوعان ما يغير موجب الرهن وما لا يغيره — الوجيز ج ١ ص ١٦١ — ١٦٢ .

الشافعى[1] لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله . أما إذا شرط ما لايقتضيه العقد وفيه مصلحة كاشتراط الرهن مثلا فإن العقد لا يبطل لأن الشرع ورد بذلك[2] ولأن الحاجة تدعو إليه ، ومن أمثلة ما ورد الشرع به شرط عتق العبد المبيع لأن السيدة عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة لتعتقها وأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق . غير أننا نلحظ هنا أن عائشة رضى الله عنها قد وعدت بريرة بعتقها بعد شرائها ، وبريرة وإن كانت من أهل استحقاق المنفعة بالعقد لأنها مبيع آدمى إلا أنها ليست طرفا فى العقد ، ولم تشتر عائشة رضى الله عنها بشرط العتق ولم يبع لها من باع بهذا الشرط وإنما إذا أردنا أن نحدد الشرط فى هذه الصفقة فهو الشرط الذى أبطله الرسول صلى الله عليه وسلم وهو رغبة الأهل فى اشتراط الولاء لهم دون المعتق .

ولذلك فإن ما ورد به الشرع يتعلق صراحة ببطلان شرط الولاء لغير من أعتق ولا يتعلق بحكم الشراء أو البيع بشرط العتق إلا دلالة ـ فى قوله صلى الله عليه وسلم اشتريها واعتقيها ـ فلو كان معلوما ان عائشة رضى الله عنها تشترى للعتق وبشرطه ، أو كان معلوما أن من باع إليها رضى الله عنها باع بشرط العتق لكان ذلك جائزاً أيضا لتشوف الشارع لا للنص على حكم الشرط .

---

(١) وبذلك فان الشرط الذى يقتضيه العقد صحيح عند الشافعية وكذلك الشرط الذى فيه مصلحة تعود على العقد أو العاقدين أو إحدهما كاشتراط الاشهاد على البيع أو الرهن وفى الواقع أن هذه الشروط تؤكد مقتضى العقد — والنوع الثالث ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولكنه ليس من مقتضى العقد وهو مبطل للعقد سواء فى المعاوضات أو التبرعات راجع رسالة زكى الدين شعبان فى الشروط ص ١١٧ — ١١٨ .

(٢) ويبدو أن المذهب الشافعي لا يرى تصحيح الشرط الذى يجرى به العرف — نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨ .

فالشافعية إذا يجيزون الشرط الذى يقتضيه العقد وهذا واضح ولا خلاف فيه فى المذاهب ، ويجيزون أيضا الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولكن فيه منفعة العقد كشرط الرهن أو الكفيل وهناك شروط لا فائدة فيها لأحد وهى لا تفسد العقد إذ يلغو الشرط ويصح العقد .

ويدخل فى الشرط الذى فيه مصلحة العقد الشرط الذى تدعو إليه الحاجة . على أن الواضح أن الأصل فى المذهب الشافعى هو حظر البيع والشرط وأنه أقل إباحة للشروط من المذهب المالكى كما سبق أن بيناه .

قاعدة الشروط عند الحنابلة :

رأينا فيما سبق أن الأصل فى الشروط يكاد أن يكون هو الحظر فى المذهب الحنفى والشافعى والمالكى ، وذلك الأصل ترد عليه استثناءات عديدة للنص أو العرف كما فى المذهب الحنفى وللمصلحة كما فى المذهب المالكى الذى يوسع فى الشروط إلى الحد الذى يجعلها تسد الحاجة العملية إلى حد كبير ، ونعرض هنا للمذهب الحنبلى الذى يتميز بالتوسعة فى الشروط إلى الحد الذى يقارب ما عليه نظرة القانون إلى حرية العاقدين فى الشروط .

ويبدأ المذهب الحنبلى بصحة الشروط ــ هذا هو الأصل ــ والشرط الفاسد هو الاستثناء ويقول الإمام ابن تيمية : إن العقود إنما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه بدليل ، والأصل فى العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد[1] .

والشرط الذى يقتضيه العقد كثبوت الملك للمشترى مثلا لا خلاف فى صحته فى

(١) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٣٦ .

أى من مذاهب الفقه الاسلامى وكذلك الفقه الحنبلى . إذ وجود هذا الشرط وعدمه سواء فهو لا يفيد حكما ولا يؤثر فى العقد[١] ، ويأتى بعد ذلك الشرط الذى يؤكد مقتضى العقد أو يلائم هذا المقتضى ومثاله اشتراط الكفيل بالثمن أو الرهن وذلك أيضا محل اتفاق فى المذاهب الأربعة ، والمذهب الظاهرى أيضا على أساس ورود النص به فى خصوص الرهن والكفالة .

أما الشرط الذى فيه مصلحة لأحد العاقدين ولا يلائم مقتضى العقد ومثاله أن يشترط سكنى الدار المبيعة شهراً أو حمل الحطب إلى منزل المشترى أو خياطة الثوب فإن المذهب الحنبلى يصحح هذه الشروط[٢] وعلى أساس أنها لا تنافى مقتضى العقد . فما دام الشرط لا ينافى مقتضى العقد فهو صحيح حتى ولو تضمن منفعة لأحد العاقدين ، وهذا وجه خلاف كبير بين المذهب الحنبلى إذا قابلناه بالمذهب الحنفى ، وكذلك بينه وبين المذهبين المالكى والشافعى . فالمذهب الحنفى يتمسك بمبدأ وحدة الصفقة ولا يتمسك بها المذهب الحنبلى بل هو ينكر المبدأ ، والمذهب المالكى قد تخطى هذا المبدأ إلا فى البيع والسلف كما قدمنا ، والمذهب الشافعى يأخذ بالمبدأ ، وينفرد المذهب الحنبلى بإنكاره ، على أساس ما روى جابر من أن النبى صلى الله عليه وسلم باع جملا واشترط ظهره إلى المدينة كما أن النبى صلوات الله عليه وسلامه نهى عن شرطين فى بيع ، ولم ينه عن بيع وشرط بل إن النهى عن شرطين فى بيع مفهومه إباحة الشرط الواحد[٣] .

أما اشتراط ماينافى مقتضى العقد كما إذا اشترط البائع على المشترى ألا يبيع

---

(١) المغنى ج ٤ ص ٢٨٥ .
(٢) الشرح الكبير على المقنع ج ٤ ص ٤٩ — ٥٠ .
(٣) المرجع السابق .

ما يشتريه أو يهبه أو لا ينتفع به فهذه شروط فاسدة لأنها تنافى مقتضى العقد ولا خلاف فى ذلك فى المذاهب كلها — أما تأثير هذا الشرط على العقد المقترن به ففى المذهب روايتان ـ المنصوص عليه عن أحمد بن حنبل أن البيع صحيح ، وهو قول الحسن والشعبى والنخعى والحكم وابن أبى ليلى وأبى ثور ، والرواية الثانية أن البيع فاسد وهو مذهب أبو حنيفة والشافعى[1] وهنا نرى المذهب الحنبلى فى الرواية الأولى لا يجعل لهذا الشرط المسلم بفساده جزاء فهو لا يبطل العقد المقترن به ولا يفسده بل يلغو الشرط ، وقد قدمنا أن المذهب المالكى يجعل هذا الشرط لغواً أحيانا ويجيز العقد إذا تنازل صاحب الشرط عن شرطه . وفى مسألة بيع العبد بشرط العتق فقد جاء فى الشرح الكبير أن شرط العتق فيه روايتان إحداهما أنه يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعى لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عتقها وولاءها وأجاز النبى صلى الله عليه وسلم الشرط الأول دون الثانى والرواية الثانية أنه فاسد ، ويقول صاحب الشرح الكبير أنه ليس فى حديث عائشة رضى الله عنها أنها شرطت لهم العتق بل أخبرتهم به فحسب . أما شرط الولاء فهو لا يصح لأن الولاء لمن أعتق وقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة محمول على التسوية بين اشتراط الولاء أو عدم اشتراطه فى النتيجة فهو ليس أمراً فى الحقيقة[2] وبطلان الشرط وصحة العقد قد ثبت بدليل شرعى هو قول

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٢٨٠ — وقد قسم ابن قدامة الشروط إلى أربعة أقسام أولها : ما كان من مقتضى العقد . وثانيها : ما تتعلق به مصلحة العاقدين . وثالثها : ما ليس من مقتضى العقد ولا ينافى مقتضاه كاشتراط منفعة البائع أو اشتراط عقد فى عقد والنوع الأخير الشرط المنافى لمقتضى العقد — جـ ٤ ص ٢٠١ — ٢٠٣ ط مطبعة الإمام — ولا خلاف فى فساد الشرط الأخير وكذلك فساد شرطين فى بيع « اشتراط عقد فى عقد » .

(٢) الشرح الكبير على المقنع جـ ٤ ص ٥٤ ، ٥٥ .

الرسول عليه الصلاة والسلام « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

ويعتبر الشرط فاسداً فى المذهب الحنبلى إذا ورد النهى عنه ومثال ذلك ما ورد النهى عنه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو شرطان فى بيع وبيع وسلف[١] . وقد سبق أن ذكرنا أن مسألة البيع والسلف أخذ بها المذهب الحنفى والمالكى والشافعى وأخذ بها المذهب الحنبلى أيضا . غير أنه بالنسبة للبيع المقترن بالشرط فإن الحنابلة فرقوا بين وجود شرط واحد ووجود شرطين وهو ما صح النهى عنه عندهم ولأن هناك فارقاً بين الشرط والشرطين لأن الضرر اليسير إذا احتمل فى العقد لا يلزم احتمال الكثير وحديثهم (فى الشرط الواحد) ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً فى مسنده فلا يعول عليه[٢] ، وأساس الأخذ بتحريم البيع المقترن بشرط السلف هو أنه يتضمن عقداً داخل عقد فلو اشترط البائع على المشترى أن يسلفه أو اشترط المشترى على البائع ذلك لم يصح الشرط والبيع باطل ، وسبب ذلك ما روى عبد الله ابن عمر من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وعن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف ويظهر أن السبب فى مسألة البيع والسلف ترجع إلى الاحتراز من الربا لأنه إذا اشترط القرض زاد فى الثمن لأجله فتصير الزيادة فى الثمن عوضاً عن القرض وربا له وذلك ربا محرم كما لو صرح به ، ولأنه بيع

---

(١) إذ أن النهى عند الحنابلة عن شرطين فى بيع وليس عن بيع وشرط — كما قال أحمد. أما الشرط الواحد فلا بأس به ويشترط أن يكون للمنفعة المعلومة وليست المجهولة المغنى ج ٤ ص ٩٦ ط دار المنار .

(٢) الشرح الكبير ج ٥ ص ٥٣ . ويلاحظ أن تصحيح الشرط الواحد أساسه أن الإخلال بالمعاوضة معه يكون يسيرا .

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢٨٥ .

فاسد فلا يعد صحيحاً «كما لو باع درهمين بدرهم ثم ترك أحدهما[١]» .

على أن الحنابلة فى تطبيق النهى عن بيعتين فى بيعة لم ينهجوا منهج الحنفية فكل شرط زائد على مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق بالعقد . لا يعتبر صفقتين فى صفقة بل ذلك عند الحنابلة خاص بحال ذكر عقدين فى عقد[١] وبذلك يضيق نطاق تطبيق وحدة الصفقة فلا يعتبر منه مجرد الشرط الزائد عن مقتضى العقد وفيه منفعة للبائع أو المشترى مثلا .

ويستدل الحنابلة على مذهبهم فى أن الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ويقول عليه السلام «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالا أو أحل حراما» وبذلك لا يكون هناك تحريم حتى يقوم الدليل عليه من الشارع ويكون العقد أو الشرط صحيحاً مالم يحرمه الشارع إذ الفساد يتبع الحرمة ، وبذلك يصح فى عقود المعاوضات شروط يستثنى البائع بمقتضاها بعض منفعة المبيع مدة محددة ويجوز للمشترى أن يشترط على البائع حصد الزرع المشترى ويجوز أن يشترط بائع العبد على مشتريه أن يعتقه ويسرى ذلك فى المعاوضات وفى الشروط التى تقترن بالتبرعات[١] ـ وهو أولى إذ لا يتطلب العاقد أو الشارع التكافؤ فى مضمون العقد.

وبذلك فإنه فى المذهب الحنبلى لا يفسد من الشروط المقترنة بالعقود إلا الشرط الذى ينافى مقصود العقد وفى هذه الحالة يكون الشرط باطلا كشرط

---

(١) المرجع السابق ص ٢٩١ .

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٤٥ الهامش .

(٣) الفتاوى لابن تيمية جـ ٣ ص ٧٢٨ .

منع المشترى من التصرف فى الشىء المبيع ، وكذلك الشرط الذى يخالف إرادة الشارع لأن المكلف لا يستطيع بشرطه أن يحل حراماً أو يحرم حلالا .

ومن هنا نرى أن المذهب الحنبلى فى قاعدة الشروط قد وسع فى الشرو إلى درجة القانون الوضعى تقريباً ، على ما هو معروف من الخلاف بين دور الإرادة فى إنشاء التصرف القانونى وتحديد آثاره بين الفقه والقانون الوضعى ويرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة أن علم الإمام أحمد بن حنبل بالآثار كان يسعفه فى فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه أنها مقفلة[1] . فدراسة أحمد للآثار جملته يفهم منطق الفقه الأثرى الذى يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم الدليل على المنع . ولم يفرق الحنابلة فى التوسعة فى الشروط بين عقود المعاوضات وغيرها من العقود فالشرط الذى يصح عندهم يجب القضاء به[2] سواء كان شرطاً فى عقد زواج أو فى عقد معاوضة وسند ذلك لديهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» ومثال هذا أن تشترط المرأة على زوجها فى عقد النكاح ألا ينقلها من دارها وقد أجازه المذهب الحنبلى استناداً إلى قضاء عمر بن الخطاب بصحة الشرط حين تحاكمت إليه امرأة وزوجها وكان قد تزوجها على ألا ينقلها من دارها وأراد نقلها ، وقد اعترض الزوج بأن تنفيذ الشرط يعنى أن تستطيع الزوجة تطليقه بقوله لعمر بن الخطاب « إذن يطلقننا » فأجابه عمر بن الخطاب « مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما شرطت[3] » .

---

(١) ابن حنبل للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة فقرة ٢٢٨ .

(٢) وقد أجاز المذهب الحنبلى طريقة التعاقد بالعربون ، واشتراط أن يصبح العربون المدفوع من أحد الطرفين ملكا للاخر إذا نكل الأول عن إتمام الصفقة . الشرح الكبير ج ٤ ص٥٨ ، وأجاز الشرط الجزائى . أعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٩ بناء على آثار وردت فيهما .

(٣) كشاف القناع ج٣ ص ٥٢ ، ٥٣ .

الظاهرية والشروط :

وقبل أن ننتهى من بحث الشروط التى تقترن بالعقود نرى أن ننتقل إلى المذهب الظاهرى وأصحابه أتباع داوود بن على الظاهرى وهم نفاة قياس وغلاة فى الأخذ بالنصوص على ظاهرها ، ولذلك فإن مسألة الشروط المقترنة بالعقود لديهم تحكمها النصوص ولا يدخلها قياس أو غيره .

يقول ابن حزم الظاهرى فى المحلى «إن كل شرط وقع فى بيع منهما أو من أحدهما برضى الآخر فإنهما ان عقداه قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع بالتفرق بالأبدان أو بالتخيير أو فى أحد الوقتين بمعنى قبل العقد أو بعده ولم يذكراه فى حين عقد البيع فالبيع صحيح تام والشرط باطل . فإن ذكرا ذلك الشرط فى حال عقد بيع فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل أى شرط كان[١]» . ولم يجز ابن حزم سوى السبعة شروط التى ورد الشرع بها ، وهى اشتراط الرهن أو تأجيل الثمن إلى أجل مسمى أو إلى الميسرة — واشتراط صفات المبيع — واشتراط الاخلابة وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشترى مالهما أو بعضه أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد ابرت فشيترط المشترى الثمرة كلها أو بعضها لنفسه[٢] وسائر الشروط بعد ذلك باطلة وأورد ابن حزم فى المحلى دليل ذلك من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : « أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق» . ثم أورد الدليل على صحة الشروط السبعة التى أجازها من قوله تعالى

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٢٢ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٤٢٤ .

« فرهان مقبوضة » فأجاز اشتراط الرهن وقوله تعالى « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » . يجيز الأجل المسمى أو إلى الميسرة بقوله تعالى « فنظرة إلى ميسرة » وأما اشتراط عدم الخلابة فبقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن كان يغبن فى البياعات « بع وقل لا خلابة[1] » . وأما صحة اشتراط الصفات فى المبيع فإن صفات المبيع هى التى يقوم عليها التراضى الذى نص الشرع على أنه أساس التجارة ، وأما اشتراط مال العبد أو ثمر النخل المؤبر فقد روى عن طريق عبد الله بن عمر عن أبيه رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[2] » .

ويدفع ابن حزم شبهة الاحتجاج بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وبما روى — المسلمون عند شروطهم — بأنه لا يختلف اثنان فى أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره[3] ، وأنه ما دام العقد منهياً عنه فلا يدخل فى عموم الأمر بالوفاء به . ثم أن ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من أن المسلمين عند شروطهم أو المسلم عند شرطه فالحديث الأول فى سنده كثير بن زيد وهو متروك باتفاق والوليد بن رباح وهو مجهول وأما حديث المسلم عند شرطه فهو مرسل لا يصح عنده .

ويأخذ ابن حزم على المذهب الحنفى والشافعى والمالكى اضطرابهم وتناقضهم فى تجويز بعضهم شروطاً لا يجيزها الآخرون وكلها شروط باطلة عند ابن حزم . كما يأخذ على الشافعية أنهم لا يجيزون شرط مال العبد أو ثمرة

---

(١) المرجع السابق ص ٤٠٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٤١٣ .

(٣) والغريب أن يحتج بذلك ابن حزم — مما يخالف أصل مذهبه فى التمسك بظاهر النصوص .

النخل المؤبر مع أنه شرط ورد به الشرع، وكذلك الحنفية والشافعية لايجيزون البيع إلى الميسرة ولا شرط عدم الخلابة وقد تقدم أن أولها ورد فى كتاب الله وثانيهما فى قول الرسول عليه الصلاة والسلام .

ويقسم ابن حزم الشروط التى يمكن اشتراطها إلى شرط يبيح مالم يجب فى العقد أو يوجب عملا أو يمنع من عمل وذلك كله باطل لقوله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام » والعمل قد يكون بالبشرة أو بالمال وكل هذه الشروط باطلة إلا شرطاً جاء به النص من القرآن أو السنة[1] ولا يجيز ابن حزم أن يقترن البيع بشرط أو شرطين ، ذلك لأن حكم الاقتران بشرطين (وقد أخذ بالنهى عنه المذهب الحنبلى) صح أنه الفساد وبطلان العقد ويبقى بعد ذلك حكم الشرط الواحد وليس فى منع الشرطين إباحة للشرط الواحد بل ان حكم الشرط الواحد يكون مسكوتاً عنه وهنا يكون حكمه من قولة رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

مقارنة وتعليل :

ذكرنا فى مبدأ بحث الشروط المقترنة بالعقود أن الفقه الإسلامى فى مجموعه يبحث مسألة الشرط داخل نطاق المعاوضة وهى جوهر العقد الملزم للجانبين ويظهر ذلك واضحاً أشد الوضوح فى المذهب الحنفى ، وما ذكرناه من أقوال فقهاء هذا المذهب يتضح معه أن الفكرة الرئيسية فى بطلان الشرط وتأثيره فى العقد هو أن الشرط الذى فيه مصلحة لأحد العاقدين لا يقتضيها العقد

---

(١) المرجع السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ — والاستدلال بالحديث على منع الشروط ضعيف لأن الحديث بعيد عن ذلك بنصه أو إشارته .

تخلو من العوض وكل مايخلو من العوض هو ربا أويوقع فى شبهة الربا، إذ الربا فى جوهره ليس سوى فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال ، ولم يجز المذهب الحنفى سوى ما ورد به نص اتباعاً لحكم الشارع أو ما جرى به العرف أو لاءم العقد وإباحة الشرط الذى يلائم العقد هو من باب الاستحسان عند الحنفية وكذلك ما يبيحه العرف ، ويكاد المذهب الشافعى أن يتفق مع المذهب الحنفى فى إباحة الشرط الذى يلائم العقد وتدعو إليه الحاجة والعرف غير أنه يجيز الشرط الذى يلائم العقد كأصل وليس كاستثناء ، والمذهبان على اتفاقهما فى التضييق فى قاعدة الشروط ينظران إلى أن الشرط الذى لا يجوز فيه منفعة لايقابلها عوض من جانب أحد الطرفين، فالمعاوضة يجب أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد ، ومقتضى العقد وهو من تحديد الشارع يحقق هذا التعادل والشروط التى يضعها المتعاقدان تبطل وتفسد العقد إذا أخلت بهذه المعاوضة .

وللمذهب المالكى قد تحرر بعض الشىء من النظرة التى غلبت على المذهبين الحنفى والشافعى. فهو وإن لم يجز أن تتعدد الصفقة ـ أجاز الشرط الذى فيه مصلحة لجهة بر وأجاز الشرط الذى لا ينافى مقصود العقد وبذلك قد وسع كثيراً من دائرة الشروط ، ويكشف النظر فى قواعد الحنفية أنهم أيضاً بسماحهم بالشروط التى جرى بها العرف وإن كان على سبيل الاستحسان ـ قد وسعوا من قاعدة الشروط إلى الحد الذى لا يضيق معه التعامل إذ العرف يتغير وحكمه يبقى .

ويبقى بعد ذلك مذهبان على طرفى نقيض . المذهب الحنبلى وقد رأينا خلافه مع المذاهب الأخرى فى أن الأصل عنده إباحة الشروط وهذا الأصل عندهم مردود إلى إنكار ماورد مقيداً له كما ذكرنا ، وما دام الأصل صحة الشرط

المقترن بالعقد فإن الفساد لا يلحق إلا شرطاً ينافى مقصود العقد أو شرطاً يخالف مقصود الشارع ولاجدال فى أن كلا الشرطين خليق بالفساد وليس فى فساده أو فساد العقد به ما يضيق على الناس .

والمذهب الآخر هو المذهب الظاهرى ، وقد رأينا أن الأصل فيه الحظر وأن الشرط الصحيح هو ماورد من الشارع إباحته ، وقد كان ذلك فى رأى ابن حزم الظاهرى سبعة شروط استقاها من الكتاب والسنة وأشرنا إليها من قبل ولاجدال فى أن ذلك المذهب يضيق من قاعدة الشروط إلى الحد الذى يضيق به الناس فى معاملاتهم(١) ـ مع ضعف دليله على هذا الحظر .

مبدأ وحدة الصفقة وصلته بالمعاوضة :

ويقول الأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهورى فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ـ أن مبدأ وحدة الصفقة قد سيطر على المذهب الحنفى والمذهب الشافعى فى مسألة الشروط وأن المذهب المالكى استطاع أن يطرحه إلى حدما وأن المذهب الحنبلى لم يأخذ به — ويقول إن وحدة الصفقة ليس إلا ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً فى الفقه الإسلامى منه فى القانون الرومانى حيث كانت الشكلية رسوماً وأوضاعاً ساذجة .

ووحدة الصفقة فى نظر الأستاذ السنهورى : هى كما كانت فى القانون الرومانى القديم — مرحلة من مراحل التطور فى الصياغة القانونية ، ويسند الأستاذ الكبير رأيه بما قرره العلامة الألمانى اهرنج من أن الصياغة القانونية المهذبة فى نظام قانونى محكم تقتضى فى مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية

---

(١) راجع أيضاً الدكتور سلام مدكور فى المدخل ص ٦٦٢ .

عن طريق التحليل والتقسيم وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى التي تتكون منها أدوات الصياغة القانونية ومن أهم أدوات هذه الصياغة العقد وهو الذي ينشيء الحق[1]، وقد درس اهرنج تطور الصياغة القانونية عند الرومان وخلص إلى أنه فى القانون الرومانى فى مرحلة معينة من مراحل تطوره كان يأخذ بوحدة الدعوى ووحدة العقد — وأن العقد بذلك كانت تسوده البساطة فلا يشمل إلا صفقة واحدة ولا ينشيء إلا حقا واحداً[2] ولا يجوز أن يجتمع فى عقد واحد حقان — حق عينى وحق شخصى — وإذا تضمنت العقود عدة حقوق وجب أن يتعدد كل عقد بقدر عدد الحقوق الناشئة عنه .

فإذا أراد المولى أن يعتق عبده مثلا وأراد فى الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق ، لم يستطع المولى أن يجمع بين العتق واشتراط خدمة العبد المعتق بشرط فى العقد ذاته ، بل تعين عليه أن يعتق العبد بتصرف قانونى قائم بذاته غير مقترن بأى شرط ثم يشترط عليه الخدمة فى عقد آخر متميز عن العقد الأول[3] .

وينتهى الأستاذ السنهورى إلى صدق نظرة اهرنج فى تطور الصياغة القانونية على الفقه الإسلامى ويستدل على ذلك بمبدأ وحدة الصفقة ، ويستدل منه على أن الفقه الإسلامى لم يتصل بالقانون الرومانى لأنه قال بوحدة الصفقة فى الوقت الذى كان فيه القانون الرومانى قد وصل إلى الصياغة القانونية التى تركت مرحلة القول بوحدة الصفقة ، وأنه لو كان الفقه الإسلامى قد أخذ

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى — جـ ٣ ص ١٥٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٣) المرجع السابق .

بفكرة وحدة الصفقة من القانون الروماني لأخذ بها وهي متطورة في الوقت الذي يقال فيه باتصال الفقه الإسلامي بالقانون الروماني .

غير أننا نرى فارقا — مع تسليمنا بدقة تحليل اهرنج للصياغة القانونية في القانون الروماني كما عرضها الأستاذ الدكتور السنهوري — بين الفقه الإسلامي وبين القانون الروماني في النظرة إلى فكرة وحدة الصفقة .

ففكرة وحدة الصفقة في مرحلة من مراحل الصياغة القانونية في القانون الروماني يصح القول أنها ناتج البيئة والزمن في وقت معين وأن القانون الروماني في هذه المرحلة قد أخذ بها إذ لا يمكن أن يكون المشرع قد أوجدها من العدم بل هي ناتج البيئة والزمن في الصياغة القانونية . أما في الفقه الإسلامي فالفكرة لها سند من التشريع عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم تكن معروفة من قبل فلم يكن العرب قبل التشريع الإسلامي يضعون قيداً على تعدد الصفقة في العقد حتى تكون القاعدة الشرعية تنظيما مستمداً من مرحلة تاريخية معينة في الصياغة القانونية ، وإنما كان منع تعدد الصفقة تشريعا مبتدأ لا يمثل في نظرنا مرحلة من مراحل الصياغة القانونية ، ومن ناحية أخرى فإن مبدأ وحدة الصفقة في العقد كان في مرحلة من مراحل التطور في القانون الروماني تعبيراً عما وصلته الصياغة القانونية فيه في هذه المرحلة ، وليس شيئا آخر إذ انتهى العلامة الألماني اهرنج إلى أن مبدأ وحدة الصفقة في العقد هو من ضرورات الصياغة القانونية في مرحلة معينة .

أما في الفقه الإسلامي فإن هذا المبدأ — مع الخلاف فيه — ليس ضرورة من ضرورات الصياغة الفقهية فحسب ، لأنه يمثل جانباً من فكرة عامة في تنظيم العقود في الفقه الاسلامي ، وهي تحقيق التوازن في مضمون العقد بين العاقدين

ومبدأ وحدة الصفقة فى العقد فى نظر من يتشددون فى الأخذ به يمثل فكرة معينة وهى أن العقد الذى يتضمن صفقتين قد تختل فيه المعاوضة لصالح أحد الطرفين على حساب الآخر ، وقد يجر إلى الربا أو مظنته ، ويدل على ذلك النهى الصريح عن القرض والبيع فى عقد واحد وقد سبق أن أشرنا إلى أن الفقهاء عللوا منعه بخوف التوصل منه إلى الربا .

وأخيراً فإننا نرى أن إباحة الحنفية للشروط المقترنة بالعقود والتى جرى بها العرف أو تلائم العقد وغيرها من الشروط التى أباحها المذهب المالكى وسبق أن ذكرناها . كل ذلك ليس مجرد تطور فى مبدأ وحدة الصفقة وليس مجرد فتح ثغرات فى هـذا المبدأ [1] وإنما هو تقدير للعلة التى أوجبته عند من صح لديهم أن الشارع قد قرره ، وكل الاستثناءات تتجه فى الواقع إلى أن الشرط الذى يلائم العقد مؤكد لمقتضاه الذى فرضه الشارع ، وأن العرف قد يصحح شرطاً على سبيل الاستحسان أو أن جهة بر معينة قد تستفيد من الشرط الذى اشترطه العاقدان أو أحدهما كما فى المذهب المالكى ، ويتضح من ذلك أن الاستثناءات التى وردت فى المذهبين الحنفى والمالكى أو المذهب الشافعى . ليست تطوراً لمبدأ وحدة الصفقة بقدر ماهى مراعاة للحاجة والمصلحة [2] إلى جانب ما استهدفه الشارع من النهى عن تعدد الصفقة حفظاً للتوازن بين حقوق العاقد والتزاماته فى العقد ، وهذا النهى عن تعدد الصفقة إن صح لا يمثل مع بيان حكمته كما أسلفنا . مرحلة من مراحل الصياغة القانونية .

---

(١) المرجع السابق ص ١٦٧ — ١٨٦ .

(٢) ويكشف ابن القيم الفقيه الحنبلى عن ذلك بصراحة ووضوح فيقول ان وضع الشروط فى العقود بانواعها قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة — أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٣٧ — ٢٣٨ .

الشرط فى القانون :

القاعدة العامة فى القانون المدنى أن العقد شريعة المتعاقدين والعقد قد يتضمن شروطاً يضعها المتعاقدان وهذه الشروط يجب الوفاء بها طبقاً للعقد إذ الشرط إذا كان صحيحاً يعتبر جزءاً من العقد نفسه .

أما إذا كان الشرط باطلا فلا اعتداد به إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى على التعاقد فيبطل باعتبار أن العقد ما كان ليتم لولا هذا الجزء الباطل فيه ، وذلك بحكم المادة ١٤٣ مدنى ؛ كما يبطل إذا أخذنا بنظرية الباعث الدافع فى سبب الالتزام لعدم مشروعية السبب (م ١٣٦ مدنى) وقد يبطل الشرط بحكم القانون مثل شرط الوفاء بالذهب فى المعاملات طبقاً للقانون ٤٥/١٩٣٥ [(١)] .

ويبطل كذلك اشتراط تملك الراهن للعين المرهونة عند العجز عن الوفاء فى الأجل المحدد طبقاً للمادة ١٠٥٢/١ مدنى ، ولا يصح اشتراط المنع من التصرف فى المال محل العقد أو الوصية إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معينة والباعث المشروع هو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير والمدة المعقولة هى مدة حياة أحد هؤلاء (م ٨٢٣ مدنى) .

وقد أبطل القانون أيضاً شرط البائع الاحتفاظ بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة طبقا للمادة ٤٦٥ ، وهو المعروف ببيع الوفاء .

والقاعدة كما ذكرنا أن الشرط فى القانون يبطل إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب ويبطل معه العقد إذا كان الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد ،

---

(١) الوسيط جـ ١ ص ٥٤٨ .

ويصبح ماعدا ذلك من الشروط إلا ما استثناه المشرع بنص خاص كما فى الأمثلة التى ذكرناها .

غير أن المشرع قد نص فى المادة ١٤٩ مدنى على حق القاضى فى تعديل العقد الذى يتضمن شرطا تعسفيا طبقا لما تقضى به العدالة إذا كان العقد قد تم بطريق الإذعان ، وأبطل المشرع كل اتفاق على خلاف ذلك .

ونلاحظ أن بعض الشروط التى أبطلها القانون تخالف مقتضى العقد كما فى إبطال بيع الوفاء لأنه يخالف ما يقتضيه العقد من نقل الملكية فى الحال ، وكذلك شرط المنع من التصرف لأن العقد يفيد الملك وشرط المنع من التصرف ينافى الملك . كما أن تعديل القاضى لعقد الإذعان بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية (م ١٤٩ مدنى) هدفه كما هو واضح تحقيق العدالة فى المعاوضة والتى لم تتحقق بسبب ظروف انعقاد العقد مع أن كلا من طرفيه رضى به والأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ، وقد خرج المشرع عن هذا الأصل مراعاة لاعتبار عملى هو ظهور دور إرادة طرف من أطراف العقد على دور الإرادة الأخرى (إرادة المذعن) ظهوراً بينا فى وضع شروط العقد وهذا هو السبب فى تجريد عقد الإذعان من صفة العقد فى رأى بعض الفقهاء[1] .

---

(١) راجع ما تقدم ص ٢٥٤ الهامش .

الفصل الثالث

اختلال المعاوضة بسبب ظروف العقد

المعاوضة وظروف العقد :

سبق أن ذكرنا أن المعاوضة التى يعتبرها الشارع يشترط فيها أن تكون مؤدية إلى التوازن بين حقوق العاقد والتزاماته فى العقد ، وهذا التوازن قد يفوت فى الربا أو الغرر أو عند اقتران المعاوضة بشرط لمنفعة العاقد لا يكون من مقتضى العقد على التفصيل الذى أسلفناه من قبل ، وهناك سبب آخر تختل به المعاوضة ولا يعتبرها الشارع ، وهذا السبب يتمثل فى الظروف التى قد تحيط بعقد معين فتجعل اختلال المعاوضة غالباً ولذلك أبطل الشارع هذا العقد بسبب اختلال المعاوضة فيه ؛ لأن الحكم يبنى على الغالب

فالشارع يعلق أهمية كبرى على التوازن فى مضمون العقد الملزم للجانبين أى على التوازن بين حقوق العاقد والتزاماته الناشئة من العقد، ولذلك كان تنظيم الشارع للمعاوضة وهى جوهر العقد الملزم للجانبين ، ولا يكفى الرضا وحده لسلامة العقد فلا يجوز أن يتراضى العاقدان على الربا وهو يخل بالمعاوضة يقيناً ولا أن يقبلا شرطاً يؤدى إلى ذلك ولا يستطيع العاقدان أن يعقدا عقداً فيه غرر ويتراضيان على على أن يحتمل أحدهما الغنم كله والآخر الغرم كله بحسب ما يؤدى إليه العقد . كما يمتنع عليهما أن يتراضيا عقداً يظهر فيه بسبب ظروف عقده معنى اختلال المعاوضة .

ونتناول فيما يلى بإيجاز طائفة من العقود المنهى عنها ويجمع بينها جميعاً

أن المعاوضة تختل فيها ، أو على الأقل يكون اختلالها محتملا بسبب الظروف التي يتم فيها العقد .

النصوص :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلقوا الركبان للبيع ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض » ، وقال : « لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »(1) .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلقوا الركبان للبيع ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد » .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش .

وروى مسلم في صحيحه عن معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحتكر إلا خاطىء »(2) .

وتتناول هذه الأحاديث أنواعا من المعاملات في البيوع يجمع بينها أن طريقة العقد أو ظروف إتمامه تفسد المعاوضة وتجعلها غير مؤدية في الغالب إلى التوازن المطلوب في حقوق العاقد والتزاماته ، بينه وبين الطرف الآخر في العقد .

---

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٨ — صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٣ ، والعلة أنه يتضمن غرراً .

(2) وهذا الحديث ورد في صحيح سنن المصطفى أن في إسناده ضعف من ناحية على بن يزيد بن جدعان ، غير أن أحاديثاً تفيد معناه وردت في الاحتكار — سنن المصطفى ج ٢ ص ٧ ويراجع الطرق الحكمية ص ٢٨٤ إذ أورده في النهي عن الاحتكار .

تلقي الركبان :

وصورة هذا البيع أن يعمد المشترى إلى الشراء من البائع قبل أن يصل بسلعته إلى السوق فلا يكون البائع قد عرف السعر الذى جرى عليه التعامل ، ويكون البيع بالنسبة له فى ظروف تجعل اختلال المعاوضة فيه غرم على البائع(١) لجهله بالسعر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فإذا كان من نتيجة الظروف التى تم فيها العقدغبن على البائع فإن له الخيار إذا دخل السوق وكذلك إذا لم يكن بالسعر الذى باع به غبن له ، فقد أخذ الشافعى رحمه الله بإثبات الخيار له أخذاً بالحديث .

وعن أحمد بن حنبل روايتان إحداهما ثبوت الخيار للبائع ، والثانية أنه لا يثبت لعدم الغبن ، ولذلك يثبت الخيـار للمشترى المسترسل إذا غبن ، وفى الحديث : « غبن المسترسل ربا » ، وفى تفسيره قولان ؛ أحدهما : أن المسترسل هو من لا يعرف قيمة السلعة ، وثانيهما : أنه الذى لا يماكس(٢) .

والحكمة واضحة هنا فى حماية البائع ، إذ أن الظروف التى تم فيها العقد — من حيث الزمان والمكان ، أى قبل مجىء البائع ببضاعته إلى حيث يبيع الناس — من شأنها أن تجعله على غير دراية بأحوال السوق والسعر الذى انقطع فيه فى يوم معين ثمن السلعة التى استحضرها ، وهذا الوضع يجعل المشترى

---

(١) والمعنى فيه احتمال الغبن على البائع — نهاية المحتاج ج ٣ ص ٧١ — وفى ثبوت الخيار للبائع إذا علم بالسعر وجهان أوجههما عدم ثبوته — حاشية الشبراملسى ص ٧١ . واختلف فى مسافة التلقى فلا يحرم إذا كان التلقى من مسافة كبيرة لأنه يكون سفراً لا تلقياً حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٧٠

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٨٣

فى حال يتمكن فيها بسبب هذه الظروف من استغلال جهل البائع بأحوال السوق وأسعاره ، ومن ثم قد يشترى بسعر أقل من قيمة البضاعة التى تعارف الناس عليها فى مكان وزمان معين ، ولما كان هذا العقد إذ يتم فى ظروف تجعل اختلال المعاوضة راجحاً كان النهى عنه ، والفكرة هنا ليست سوى محاولة لتحقيق ظروف المعاوضة التى يتطلبها الشارع والتى يتحقق فيها مايهدف إليه من التوازن فى مضمون العقد بين البائع والمشترى .

بيع الحاضر للبادى :

فسر ابن عباس رضى الله عنه بيع الحاضر للبادى بألا يكون له سمساراً بمعنى أن يمنعه عن البيع بسعر الوقت ليبيعه له فى وقت يدر له ربحاً أكثر ، ويصح أن يفسر بأنه بيع الواحد من أهل البلد للآتين إليها ما يحتاج إليه هؤلاء طمعاً فى زيادة الثمن والربح غير المعتدل[1] وكلا الصورتين تشملها عبارة النهى وتتحقق فيها حكمته .

ويقول ابن رشد اختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولا واحداً . واختلف فى شراء الحضرى البدوى فمرة أجازه مالك وقد قال ابن حبيب ، ومرة منعه ، والذين منعوا هذا النوع من البيع اتفقوا على أن المقصود من النهى هو إرفاق أهل الحضر لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحضر وهى عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجاناً بغير

---

(١) صحيح سنن المصطفى ج ٢ ص ١٣ المطبعة التازية — وقد كرهه مالك والليث والشافعى ونقل عن أحمد بن حنبل قوله عنه « لا بأس به » وخصص النهى بانه كان أول الإسلام — وظاهر كلام الخرقى أنه يحرم إذا توفرت ثلاثة شروط أولها أن يقصد الحاضر البادى ليتولى البيع له — وأن يكون البادى جاهلا بالسعر وأخيراً أن يكون قد جلب السلعة للبيع — المغنى ج ٤ ص ١٩٤ — مطبعة الإمام ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٦٨ ، حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٦٩ .

ثمن[1] ويقول ابن حزم « لا يجوز أن يتولى البيع ساكن حضر أو قرية لا في البدو ولا في شيء مما يجلبه الخصاص إلى الأسواق والمدن أصلا ولا يبتاع له شيئاً لا في حضر ولا في بدو[2] » .

والواضح مما تقدم أن السبب في منع هذا البيع أو البيع الذى قبله هو الرفق بأهل البلد فلا ينتفع المتلقى وحده في البيع الأول أو هو الرفق بأهل البدو القادمين إلى البلد فلا يرهقهم الشراء من أهلها وكلا المدفين يقصد منه أن يكون في البيع والشراء من التعادل ما يتطلبه الشارع وألا تختل المعاوضة بسبب الظروف التى يتم فيها البيع والشراء .

بيع النجش :

النجش لغة بفتح وسكون أو بفتحتين هو في الأصل من أعمال الصيد يقال نجش الرجل الصيد أى استثاره لتحويله من مكان إلى مكان تسهيلا لصيده ثم استعمل في البيع والشراء بمعنى أن يستثار حماس المشترى للشراء بالتظاهر أمامه بالتنافس على السلعة والتغالى في ثمنها .

وفى الفقه هو الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو لا يريد الشراء ليقع فيها غيره بثمن أغلى من سعرها الحقيق[3] ، ويؤدى ذلك إلى اختلال

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص١٣٦ ، أو يتلقى أحد أهل البلد السلعة من الغريب ويحتجزها ليبيعها بأغلى — نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٦٨ .

(٢) المحلى جـ٨ ص ٤٥٢ — ٤٥٣ ، ويمنع عند جهل البادى بالسعر — حاشية الدسوق جـ ٣ ص ٦٩ .

(٣) بداية المجتهد ص ١٢٧ ، صحيح سنن المصطفى جـ ٢ ص ١٣ ، ويشترط علم البائع بالناجش وإلا كان المشترى مقصراً في عدم الرجوع إلى أهل الخبرة — حاشية الشبراملسى جـ ٣ ص ٨٣ ، والنهى يتعلق بالبائع — الدسوق على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦٨ —

المعاوضة عن طريق الخداع والغش اللذين تم فيهما العقد ، فإن الشخص قد يقدر ثمن السلعة تقديراً سليما ثم يعدل عنه إلى غيره إذا رأى المزاحمة والتنافس على السلعة ذاتها فيظن لها قيمة أغلى مما قدرها؛ وهنا تكون النتيجة اختلال المعاوضة لصالح البائع ، ويذكر ابن حزم فى المحلى أن عمر بن عبد العزيز بعث عبيد ابن مسلم ببيع السبي فلما فرغ أتى عمر فقال له إن البيع كان كاسداً لولا أنى كنت أزيد عليهم وأنفقه فقال له عمر كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشترى قال نعم فقال عمر هذا نجش والنجش لا يحل ابعث منادياً ينادى أن البيع مردود وأن النجش لا يحل[1] .

وهنا يكون فى ظروف العقد ما يخل بالمعاوضة إلى صالح البائع فيفسدها وهنا يمنع الشارع ذلك الإخلال إذ لا يتحقق معه التوازن بين حقوق المشترى والتزاماته فى العقد وهو مطلوب من الشارع .

الاحتكار :

الاحتكار هو الانفراد ببيع السلعة فى مكان معين أو زمن معين أو الانفراد بشرائها وقد ينفرد شخص أو أكثر بذلك حسب الأسواق والسلع ، وهو آفة من آفات العصر الحديث لأن الاحتكار أول ما يقع ضرره على الفرد الذى لا يجد لحاجاته سواء كان يريد شراءها أو بيعها منفذاً إلا عند المحتكر فتكون الظروف بحيث لا يكون لإرادته سلطان فى شروط العقد إذ يملى المحتكر شروطه وما على الناس إلا الأخذ بها فيتم البيع أو الشراء أو يستغنى الناس إن كان لاستغنائهم وجه من القدرة عليه .

= الحاشية . وقد يتعلق النهى بالناجش فقط إذا لم يعلم به البائع — مقررات الشيخ عليش على حاشية الدسوق جـ ٣ ص ٦٨ .

(١) المحلى جـ ١ ص ٤٤٨ — ٤٤٩ .

فمن مالك ـ بلغه أن عمر بن الخطاب قال : لا حكرة فى سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من اذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء وليمسك كيف شاء[1] .

وقد روى مسلم فى صحيحه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحتكر إلا خاطىء[2] » ، والواقع أن المحتكر الذى يشترى مايحتاج إليه الناس ثم يحبسه عنهم حتى يبيعه لهم بسعر أعلى يكون ظالماً لهم .

كما وردت أحاديث عديدة فى النهى عن الاحتكار منها حديث أحمد عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطىء وقد برئت منه ذمة الله ورسوله » ، وكذلك ما رواه معقل بن يسار من قول الرسول صلوات الله عليه وسلامه « من دخل فى شىء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة » .

والاحتكار هو الادخار للبيع وطلب الربح ، وقد نهت عنه هذه الأحاديث أشد النهى وتوعدت صاحبه بالإفلاس والحرمان وعذاب الآخرة .

آراء الفقهاء فى الاحتكار :

يأخذ المذهب الحنفى بتحريم الاحتكار حسبما وردت أحاديث النهى عنه غير أن ما يصدق عليه وصف الاحتكار مختلف فيه ، فقد رأى الامام أبو حنيفة

(١) المنتقى جـ ٢ ص ١٥ .

(٢) سنن المصطفى جـ ٢ ص ٨ والمشهور فى الاحتكار أنه فى الطعام بحيث لا يفهم فى الإطلاق غيره .

أن الاحتكار يكون فى القوت فهو حبس الأقوات تربصاً للغلاء[١] . أو أنه شراء الطعام فى المصر والامتناع عن بيعه[٢] . بينما يرى الإمام محمد الاحتكار فى حبس أقوات الناس والبهائم[٣] ، وأشد الآراء توسعة فى الاحتكار فى المذهب الحنفى هو رأى أبى يوسف وهو أن الاحتكار يجوز فى كل ما يضر بالناس حبسه كالثياب مثلا ، وهو رأى سديد مبنى على إدراك حاجات الناس فى غير القوت كالثياب بل والذهب والفضة .

ويبدو أن المذهب الشافعى يتشدد أكثر من الحنفية فى ما يصدق عليه الاحتكار. فهو اشتراء القوت وقت الغلاء لإمساكه وبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق[٤]، ومقتضى هذا اعتبار الاحتكار فى القوت وأن يكون مقصوداً بإمساكه التضييق على الناس ببيعه لهم بسعر أكثر ، ويلحق بالقوت عند الشافعية ما يعتبر مثله .

والمالكية يمنعون احتكار ما يضر بالناس حبسه بشرط أن يضر بالسوق ، وقد جاء فى المدونة أن الحكرة فى كل شىء فى السوق من الطعام والزيت والكتان والصوف وجميع الأشياء فإن كان لا يضر بالسوق فلا بأس ، والمقصود منع التجار من الإدخار لأن النبى عليه الصلاة والسلام كان يدخر قوت أهله سنة[٥] . كذلك يبدو أن المذهب الحنبلى يأخذ بأن الاحتكار يكون فى القوت[٦] واشترط ابن قدامة الحنبلى ثلاثة شروط حتى يكون

---

(١) العناية على الهداية ج ٨ ص ١٢٦ .
(٢) البدائع ج ٥ ص ١٢٦ .
(٣) الهداية ج ٤ ص ٧٤ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ .
(٥) المدونة ج ١٠ ص ١٢٣ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٧ .
(٦) المغنى ج ٤ ص ٢٢٠ ، الطرق الحكمية ص ٢٢٠ .

الاحتكار حراماً وهى أن يشترى البائع لأن الإدخار ليس احتكاراً وثانيها أن يكون المشترَى قوتاً وثالثها أن يضيق على الناس بشرائه بحسب ظروف البلد كالحرمين والثغور (أى فى غير البلاد الواسعة) أو بحسب الوقت كأن يحصل الاحتكار فى حال ضيق على الناس [١] .

وقد أخذ زيد بن على رضى الله عنه بأن الاحتكار يكون فى الحنطة والشعير والتمر وقصره على ذلك لأن الحديث ورد فيه لفظ الطعام وأغلب طعام الناس ذلك (من العرب) [٢] . بينما رأى الهادى إلى الحق والشافعى وأبو حنيفة أن الاحتكار لا يقتصر على الأنواع الثلاثة بل يكون فى قوت الناس على اختلافه . كما أن الهادى ألحق قوت البهائم بأقوات الناس ، وهو كما رأينا ما أخذ به محمد بن الحسن من أصحاب أبى حنيفة .

والحكمة فى منع الاحتكار لا تخفى إذ أن ظرف الاحتكار يخل بالمعاوضة فتحت هذا الظرف لا يعبر رضا العاقد حقيقة عن الرضا الذى يتطلبه الشارع للعقد بل يعبر هـذا الرضى عن حقيقة الوضع الاقتصادى للبائع أو المشترى ، وهنا يكون اختلال المعاوضة مرجحاً إذ ينتهز البائع أو المشترى ظرف الاحتكار ويحاول أن يجعل المعاوضة تميل إلى مصلحته وقد تكون للمشترى حاجة ملحة للسلعة المحتكرة ، ولذلك كان النهى عن الاحتكار لمنع المضرة عن الناس لاسيما وأن المشاهد أن المحتكرين قلة إلى جانب عموم الناس ، ويفهم ذلك بوضوح من قول عمر بن الخطاب الذى أسلفناه « لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب إلى رزق من رزق الله نزل بساحته فيحتكرونه علينا » فهو ظاهر فى أن

---

(١) المغنى ج ٤ ص ١٩٨ — ١٩٩ مطبعة الإمام .

(٢) الإمام زيد — محمد أبو زهرة ص ٢٩٧ .

الاحتكار لا يقع إلا ممن يملكون المال فيشترون بفضوله مالا حاجة لهم به بقصد احتكاره على الناس ـ تربصا للغلاء .

ويقول الأستاذ محمد سلام مدكور فى بحث له عن الاحتكار وموقف التشريع الإسلامى منه[1] أن تصويرات المذاهب للاحتكار الممنوع تختلف عن بعضها البعض ، ذلك أن الحنفية يختلفون فى تعميم الاحتكار فى القوت أو فى غيره وفى كيفية وقوعه فيقيده البعض بالشراء بينما لا يشترط البعض ذلك بل يكفى أن يحبس المالك غلة أرضه مثلا عن الناس ، وبعض الفقهاء يجعل الاحتكار فى البلد التى يضيق فيها الاحتكار على الناس على أن يكون الاحتكار فى وقت الشدة فلا احتكار فى وقت الرخاء .

على أن الاحتكار منهى عنه أشد النهى مهما كان خلاف المذاهب فى تصويره وما يصدق عليه وصف الاحتكار ، وقد رأينا رأى الإمام أبى يوسف صاحب أبى حنيفة والذى توسع فى الاحتكار إلى حد اعتباره فى حبس كل ما يضر بالناس حبسه ، كما رأينا ما يشترطه المالكية من شرط اضرار الاحتكار بالسوق ، أو ما وضعه الحنابلة من شروط فى الاحتكار ، كما رأى بعض الحنفية أن يكون الاحتكار ممن يشترى من بلد ويبيع فيها لأنه يأثم إذ يشترى للاحتكار أما من يجلب السلعة من خارج البلد ليبيعها فهو ليس بمحتكر ولعل ذلك راجع إلى أن جلب السلع إلى السوق يساعد فى تخفيض ثمنها[2] كما أن من يوفر قوت نفسه وأهله لا يكون محتكراً فقد ورد أن النبى صلوات الله عليه كان يحبس لأهله قوت سنتهم ؛ فلا يعد محتكرا من يحبس القوت لأهله لا للاتجار فيه .

وأساس الخلاف بين المذاهب أن الأحاديث التى وردت فى النهى عن

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٦ العدد ٣ ص ٤٦٥ — ٥١٠ .

(٢) ويشبه ذلك الاستيراد فى الوقت الحاضر — والتفرقة بين من يشترى ويبيع فى البلد وبين من يجلب السلعة من خارجها تفرقة تدل على نظر ثاقب .

الاحتكار ورد بها لفظ الطعام أو القوت والبعض أخذ بقيد اللفظ ، والبعض عمم أخذا بالأحاديث التي لم يذكر فيها الطعام فجعل الاحتكار شاملا لكل ما يحتاج إليه الناس حتى الفضة والذهب .

حكم الاحتكار :

وحكم الاحتكار هو التحريم قطعاً ، وقد اقترنت أحاديث النهى عنه ببيان الوعيد لمن يفعله ، وأوجبت اللعنة على من يحتكر وبراءته من ذمة الله ورسوله ، وقد نصت المذاهب على حرمة الاحتكار أخذا بهذا الوعيد الذى يصادف محله ويقع على أهله ، ويكون لولى الأمر أن يكره المحتكر على أن يبيع ما عنده بقيمة المثل[١] — كما أوجب بعض الفقهاء أمر المحتكر ببيع ما عنده ثم زجره وتأديبه بعد ذلك ، فإن لم يبع جاز حبسه أو البيع عليه على خلاف بين المذاهب[٢] — وبذلك فإن فساد العقد فيما يصدق عليه وصف بيع الاحتكار أمر مسلّم .

الاحتكار واختلال المعاوضة :

ويقوم التحريم فى الاحتكار وفساد العقد فيه على المبدأ الذى راعته الشريعة الإسلامية ، وهو التوازن فى حقوق العاقد والتزاماته الناشئة عن العقد وهذا الشرط أحد شرطى المعاوضة التى يعتد بها الشارع — فالسبب يختل فى العقد الذى يتضمن احتكارا إذ لا تؤدى المعاوضة فى هذا العقد إلى التوازن فى حقوق العاقد

(١) الطرق الحكمية ص ٢٥٤ .

(٢) بحث الدكتور سلام مدكور المشار إليه سابقا ص ٤٨٩ والاحتكار فى توزيع سلعة منتجة محليا محظور بمقتضى قرار رئيس الجمهور رقم ٤٢١ لسنة ٥٩ إذا كان محظوراً استيراد مثلها من الخارج — وذلك بالمادة الأولى من القرار وتعاقب المادة الثانية على مخالفة ذلك بالحبس لغاية ستة أشهر وغرامة لغاية خمسين جنيها أو إحدى العقوبتين .

والتزاماته نظراً لظروف العقد التى تجعل المعاوضة تميل إلى مصلحة أحد العاقدين على حساب الآخر ، لأن المعاوضة مع ظروف الاحتكار ، وهى ظروف قد لا يكون للمتعاقدين شأن بها وقد يكون لأحدهما يد فيها (إذا راعينا حالة الاحتكار العامة فى بلد واسع يتعدد فيه المحتكرون مثلا) لاتؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد حتى لو توفر الرضا بالعقد .

ولسنا فى حاجة إلى القول بأن محاربة الاحتكار فى عصرنا الحاضر تجد لها أساساً قوياً فى الفقه الإسلامى ، فقد رأينا أوسع الآراء فى المذهب الحنفى والذى يجعل الاحتكار هو حبس كل ما يضر بالناس حبسه — ويتميز هذا الأساس بأنه مبنى على نظرة جاوزت الصياغة القانونية التى تعتد بالرضا فى العقد وإن كانت ظروف العقد تجعل المبادلة العادلة مستحيلة أو نادرة ، فالأمر ليس مجرد اعتداد بالصيانة فى تصحيح العقد وإنزال آثاره دائماً ولكن المهم أن تكون الظروف التى تتم فيها المبادلة بحيث تجعل هذا الرضا مؤدياً إلى المقصود منه ، فإذا كانت الظروف بحيث تضر بأحد طرفى العقد وتخل بالمبادلة ذاتها — كان النهى عن العقد وتحريمه .

بيع المضطر وشراؤه :

ويتساوى مع الاحتكار فى النهى عنه بيع المضطر وشراؤه وقد أفسد الحنفية هذا البيع « وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها لا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير كذلك فى الشراء منه — وهو فاسد »[1] .

والحكمة هنا أن ظرف الاضطرار الذى تمت فيه المعاوضة يجعل اختلال

---

(١) رد المحتار جـ ٤ ص ١٤٦ .

المعاوضة ظاهراً لصالح البائع أو لصالح المشترى (فى بيع التلجئة مثلا) ، وكذلك إذا وجد هذا الظرف لدى من يضطر للاستدانة من الغير فيأبى أن يقرضه إلا بربا فلا يستحق عليه إلا رأس المال فحسب ، وكذلك إذا اضطر إلى طعامه وشرابه فحبسه عنه حتى مات جوعا وعطشا ضمنه بالدية عند الإمام أحمد واحتج بفعل عمر بن الخطاب وقيل له تذهب إليه فقال : « أى والله »[1] — وكذلك لو اضطر الإنسان إلى السكنى عند شخص لا يجد سكنا غيره اختلف فى أخذ الأجر وإذا وجب الأجر حرم عليه أن يطلب زيادة على أجر المثل ، وإذا كان الناس محتاجين إلى عمل معين صار هذا العمل مستحقا على من يحتاج الناس إليه ويجبره ولى الأمر عليه بعوض المثل ولا يمكنه من مطالبة الناس بالزيادة عن عوض المثل[2] .

ويمثل بيع المضطر وشراؤه اختلالا فى المعاوضة التى يعتد بها الشارع لأن ظرف الاضطرار يجعل البائع مع رضاه بالبيع مضطراً إلى البيع فتختل المعاوضة بسبب ذلك الاضطرار قطعاً أو فى الغالب ، ويبدو أن حكم هذا البيع هو الفساد[3] — وتمثل عقود المضطر نظرة الشارع الإسلامى إلى المعاوضة — كما تمثل نظرتنا إلى سبب التزام المتعاقد بما يوجبه العقد — فالمتعاقد المضطر أو الذى يقع تحت ظرف الاحتكار لا يلتزم بهذا البيع أو الشراء لأن المعاوضة لم تتم على الوجه الذى رسمه الشارع — وهى سبب التزام كل من المتعاقدين تجاه الآخر — والحكم هنا يبنى على الغالب من اختلال المعاوضة فى هذه العقود.

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٨٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٠ .

(٣) إذ يجوز للبائع أن يسترد ما باعه إذا أثبت أنه باعه تلجئة — الفتاوى الخيرية جـ ١ ص ٢٢٣ الطبعة الثانية ، وإذا كان المشترى عالما بحال البائع «المضغوط» فهو ضامن كالغاصب — مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٥٠ .

حكم البيوع السابقة :

والبيوع التى سلف ذكرها من ضمن البيوع المنهى عنها والتى أوضحنا أن ظروف وملابسات العقد فيها تجعل المعاوضة غالباً ما تميل لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقتض أو سبب شرعى ، والغالب هو ما تبنى عليه الأحكام — ولا يظهر سبب للنهى عن هذه البيوع سوى ما فيها من ترجيح اختلال المعاوضة بسبب ظروف انعقاد العقد مع سلامة العقد من حيث الرضا والعاقدين ومحل العقد .

ففى تلقى الركبان رأى (مالك) أن المقصود من النهى ألا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الأسواق ورأى وقوع البيع صحيحا ولكن يشترك أهل الأسواق مع المشترى فى السلعة وهذا إذا كان التلقى قريبا إما إذا التلقى بعيداً فلا بأس به ، ويذهب الإمام الشافعى إلى إثبات الخيار للبائع إذا دخل السوق عملا بالحديث الذى أثبت له الخيار[1] .

ورأى الإمام مالك فى الواقع هو علاج لاختلال المعاوضة الذى وقع لصالح المشترى فيشترك معه أهل الأسواق فى السلعة ، ولكنه مع ذلك رأى وقوع البيع صحيحا — أما الإمام الشافعى فإن مذهبه إعطاء الخيار للبائع إذا دخل السوق[2] ويجمع الرأيين السابقين أنهما أرادا معالجة اختلال المعاوضة التى تمت فعلا مع تسليم الرأيين بأن العقد قد استوفى أركانه وإنما كان الخلل فى المعاوضة التى يتضمنها هذا العقد .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٣٤ .

(٢) وفى ثبوت الخيار للبائع إذا ورد السوق وجهان أو جههما عدم ثبوته — حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٧١ ، وجاء فى حاشية الدسوقى أنه يجبر المتلقى على عرض السلعة بالسوق أو على الناس جـ ٣ ص ٧٠ ومعنى ذلك فساد البيع لأنه لا يعرض السلعة للبيع بعد شرائها إلا إذا تقرر فساد البيع الأول .

ورأى الإمام أبوحنيفة أن تلقى الجلب من الركبان يجوز إن لم يضر بالغير وإلا كان مكروها . وهذا الرأى ينظر إلى الضرر الذى يحل بغير المتعاقدين .

ورأى الإمام الظاهرى ابن حزم أن ذلك غير جائز سواء أضر بالناس أم لم يضر ويكون الجالب بالخيار إذا دخل السوق فى إمضاء البيع أورده ، وذهب إلى أن ذلك للبائع ولو بعد مضى أعوام[١] .

وأما بيع الحاضر للبادى فإن الإمام (أبو حنيفة) وأصحابه رأوا أنه لا بأس من بيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر — وكرهه الإمام مالك (أى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر) وأجازه الأوزاعى ، واختلف أصحاب مالك إذا وقع البيع فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ[٢] على أن بعض الفقهاء أجاز بيع الحاضر للبادى مطلقاً كالإمام أبى حنيفة وعطاء ومجاهد وأساس ذلك أن النهى فى بيع الحاضر للبادى يحمل على التنزيه لا التحريم .

أما بيع النجش فهو نظراً لما يتضمنه من خداع فإنه حرام إجماعا — غير أن بطلان البيع قال به الإمام مالك فى رواية عنه وجعل النهى عنه مقتضيا الفساد وأوجب الإمام مالك الخيار للمشترى .

والجمهور على أن النهى إذا ورد بسبب شيء فى المنهى عنه يقتضى الفساد . وإذا ورد لأمر خارج المنهى عنه لا يقتضى الفساد[٣] .

وقال الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعى لا يفسخ البيع إن وقع ويأثم البائع أو المشترى الناجش[٤] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٤٩ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٦ — ١٣٧ . حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٧٠ .

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦٣ ، المحلى جـ ٨ المسألة ١٤٤٦ ، أصول السرخسى ص ٨٢ .

(٤) ويشترط علم البائع بالناجش فاذا لم يعلم لم يكن للمشترى خيار اتفاقا — أما محل الخلاف فى إعطاء المشترى الخيار فهو مواطأة البائع الناجش — نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٧٣ .

ويرى الإمام ابن حزم الفقيه الظاهرى ان البيع إذا وقع بزيادة على القيمة فللمشترى الخيار والآثم هو الناجش ويستند إلى رواية عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش ، ورواية أخرى أن عمر بن عبد العزيز بعث عبيد بن مسلم ببيع السبى فلما فرغ أتى عمر فقال له إن البيع كان كاسداً لولا أننى كنت أزيد عليهم وأنفقه فقال له عمر كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشترى فقال نعم فقال عمر هذا نجش إبعث منادياً ينادى أن البيع مردود ، ومقتضى ذلك بطلان البيع .

وأما الاحتكار وبيع المضطر وشراؤه فقد ذكرنا أن ما جاء فى الدر المختار يشير إلى أن ذلك البيع فاسد[1] ، والاحتكار إذا تحققت شروطه التى أوردناها فيما سبق فإن البيع يفسد ، وفضلا عن ذلك فإنه إذا تحققت شروط الاحتكار كان لولى الأمر أن يبيع السلعة للناس جبرا عن بائعها بثمن المثل ولا يمكن أن يكون لولى الأمر نزع السلعة من يد صاحبها وبيعها إلا إذا كان بيع المحتكر للسلعة فاسداً .

أساس الخلاف فى حكم البيوع السابقة :

والخلاف فى حكم البيوع السابقة يأتى فى الواقع من خلاف أعم ، وهو الخلاف فى معنى النهى ذاته ـ فإذا أورد الشارع نهيا عن أمر فإن معنى النهى الذى ورد به النص قد يختلف من موضع لآخر ـ ذلك أنه من المعروف عند علماء المسلمين أن النهى قد يكون للتحريم ، وقد يكون للكراهة — والنهى بذاته يقتضى من المنهى الكف عن الشىء المنهى عنه فوراً ودائما لأنه لا يتحقق المطلوب من النهى إلا إذا كان دائماً وكانت المبادرة إلى الامتناع والكف .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ١٤٦ . والمشترى من المضطر ضامن كالغاصب مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٥٠ .

على أنه إذا وجدت قرينة تصرف النهى عن التحريم فيكون المطلوب ما دلت عليه القرينة ومثال ذلك قوله تعالى : « ربنا لا تزغ قلوبنا » وبعض الأصوليين ذهبوا إلى أن صيغة النهى من باب المشترك والخلاف فيهما واحد[١]. ولذلك كان الخلاف فى معنى النهى الذى ورد فى العقود السابقة فى أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم التى أسلفناها ، والخلاف ناشىء أيضاً من أن آيات القرآن الكريم لا تصف المنهى عنه فيها بالبطلان والفساد إلا قليلا ، وإذا ورد ذلك فلا خلاف فى البطلان أو الفساد ولا يتصور الخلاف فيه[٢] ، ولذلك فإن النهى عن العقود التى سلف ذكرها لم يقترن بإيضاح فساد المنهى عنه وهل النهى فى هذه البيوع على سبيل التحريم وعندئذ يكون العقد باطلا وتترتب أحكام البطلان ـ أم أن النهى على سبيل الكراهة . فيصح العقد ويأثم العاقد .

ونظراً للخلاف فى معنى النهى عن هذه البيوع فقد رأى بعض الفقهاء من الحنفية أن تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر على الواردين فهو يكره للغرر والضرر ، أما إذا انتفيا فلا يكره ذلك ، وكذلك يكره بيع الحاضر للبادى فى حالة قحط وعوز وإلا لا يكره — كما يكره النجش ، والنهى محمول على ما إذا كانت السلعة قد بلغت قيمتها أما إذا لم تبلغ قيمتها فلا يكره لانتفاء الخداع كما يكره البيع على بيع آخر وهذا بعد الاتفاق على مبلغ الثمن

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ص ٢٢٦ — ٢٣٠ . ويرجع إلى الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٢٧٥ . الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤٧ .

(٢) ومثال ذلك ما أورده القرآن الكريم من « حبوط عمل المرتد » ومعناه البطلان لأفعال المرتد وتصرفاته فلا يصح له بيع ولا نكاح ولا صدقة .

ويفيد ذلك أن البيع مكروه فقط فلا يكون فاسداً أو باطلا ويكون العقد صحيحاً مع الكراهة والكراهة أدنى درجة من الفساد[١] .

ويقول الإمام الآمدى إن العلماء قد اختلفوا فى النهى وهل يقتضى فساد المنهى عنه من العقود أم لا ، وان أصحاب الشافعى ومالك وأبى حنيفة والحنابلة وجميع أهل الظاهر وجماعة من المتكلمين ذهبوا إلى فساد العقود ولكن اختلفوا فى جهة الفساد[٢] ، ومنهم من لم يقل بالفساد لأن ما نهى عنه لغيره لا يفسد ومعنى ذلك أن النهى إذا كان بسبب خلل فى ركن التصرف أو لفوات شرط من شروط صحته أو لأمر أو وصف غير مشروع قد لازمه فإنه يفسد ، أما إذا كان النهى عنه ليس لشىء من ذلك بل لأمر خارج عنه أى لدفع الضرر مثلا فلا يكون العقد فاسداً بل يكون مكروها .

النهى عن العقد لعلة غير اختلال المعاوضة :

أولا : بيع الرجل على بيع أخيه .

فقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يبع بعضكم على بيع بعض كما قال عليه الصلاة والسلام لا يسوم أحدكم على سوم أخيه .

فأما الحديث الأول فيقول الإمام الشافعى رحمه الله ان نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه إنما هو إذا تبايعا على أن يتصرفا من مكانهما الذى تبايعا فيه فهذا وجه النهى عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه لا وجه غير ذلك[٣] وأما سوم الرجل على سوم أخيه فيقول الإمام الشافعى رحمه الله « فإن كان ثابتا (يعنى الحديث) ولا أحفظه ثابتاً فهو مثل لا يخطب أحدكم

(١) الشلبى مع تبيين الحقائق ج ٤ ص ٦٧ — ٦٨ .
(٢) الأحكام للآمدى ج ٢ ص ٢٧٥ — ٢٧٦ ، أصول السرخسى ص ٨٢ .
(٣) الرسالة ص ٣١٤ .

على خطبة أخيه لا سوم على سومه إذا رضى البيع كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع بثمن يزيد وبيع من يزيد سوم رجل على سوم أخيه ولكن البائع لم يرض السوم الأول حتى طلب الزيادة[1] ، وقد روى أحمد عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا يبع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر » ولو أن فى ذلك إيحاشا وإضراراً فيكره وقد جاء فى تبيين الحقائق « إنما يكره إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذى سماه المشترى وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لأن هذا بيع من يزيد ، وقد قال أنس أنه عليه الصلاة والسلام باع حلسا وقدحا بيع من يزيد رواه أحمد والترمذى ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه[2] .

وهنا يبدو أن النهى له علتان يتردد بينهما أولاهما أن يكون هناك احتمال لاختلال المعاوضة نتيجة تدخل المشترى الجديد فى الشراء فتميل المعاوضة إلى جانب البائع ويضار المشترى الذى كان يأمل الشراء ، وثانيتهما أن يكون فى تدخل المشترى الجديد بذاته إيحاش للمشترى الأول إذ يزاحمه حتى يحصل على السلعة وقد لا يكون هناك حاجة لديه أكثر مما لدى المشترى الأول .

على أننا نرى أن العلة الثانية أظهر وكما قال الإمام الشافعى إن ذلك النهى من باب لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، هذا عند ثبوته كما قال الإمام .

ثانياً : البيع عند أذان الجمعة .

وأما البيع عند أذان الجمعة فقد ورد النهى عنه فى القرآن الكريم فى قوله

---

١) الرسالة ص ٣١٢ — ٣١٦ .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٦٨ — ويعلل ابن قدامـــة فساد البيع بأنه فيه إضرار على الطرف الآخر وإفساد عليه — وهو غير جائز « ويراعى أن البيع الأخير يكون قبل لزوم البيع الأول » المغنى جـ ٤ ص ١٩١ مطبعة الإمام.

تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى إلى الصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

والواقع أن علة النهى هنا واضحة لا لبس فيها إذ هى النهى عن أن يشتغل الناس بالبيع والشراء فى وقت عبادة معينة روعى فى حكمة تشريعها أنها تجمع المسلمين فى وقت معين من كل يوم جمعة ، وهذه الحكمة تفوت إذا ما اشتغل الناس بالبيع أو نحوه وقت الأذان الداعى إلى الصلاة .

ويقول ابن رشد القرطبى ، وهذا أمر مجتمع عليه فيما أحسب واختلف العلماء فى حكمه إذا وقع وقيل يلحق بالبيع سائر العقود .

والمشهور عن مالك أن البيع يفسخ ، وقيل لا يفسخ وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعى وأبو حنيفة ، ويفسخ عند الإمام مالك على من تجب عليه الجمعة ، وأهل الظاهر على أنه يفسخ على كل بائع ، وعلى أن سائر العقود قد تلحق بالبيع اعتباراً بأن النهى بسبب الشغل عن العبادة وقد لا تلحق به اعتباراً بأن سائر العقود تقع نادراً بخلاف البيوع .

على أن البيع الذى يقع وقت أذان الجمعة لا صلة له بالمعاوضة فى ذاتها إذ النهى هنا لمعنى بعيد عن عملية المعاوضة نفسها فقد تكون مؤدية إلى التوازن فى مضمون العقد بين العاقدين وتتجه إلى غاية مشروعة ، إلا أن فى البيع شغلا عن العبادة ، رأى البعض أنه يؤدى إلى فساد العقد ورأى الآخرون أنه لا أثر له فى العقد[1] وإن كان الاتفاق بطبيعة الحال على إثم البائع الذى يشتغل بالبيع عن الصلاة وكذلك المشترى متى كان يجب عليهما أداء الصلاة .

---

(١) أصول السرخسى ٨٣ .

الفصل الرابع

اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد

وجوب بقاء المعاوضة بعد انعقاد العقد :

المعاوضة المعتبرة شرعاً ليست مطلوبة من الشارع عند انعقاد العقد الملزم للجانبين فحسب ، بل يتطلب الشارع بقاءها إلى ما بعد انعقاد العقد حتى تنفيذه فيجب أن تستمر المعاوضة إلى أن ينفذ العقد ، حتى يمكن أن تحقق التوازن في مضمون العقد أى بين حقوق العاقد والتزاماته فإذا نحن استلزمنا المعاوضة المعتبرة شرعاً عند انعقاد العقد فحسب ، فقد يطرأ بعد انعقاده ما يجعل هذه المعاوضة تختل عند تنفيذ العقد ، وإذا كان الشارع قد نظم المعاوضة فى حدود الهدف الذى يتطلبه منها فإن هذا التنظيم أيضاً يتطلب أن تبقى المعاوضة التى يعتبرها الشارع حتى تنفيذ العقد .

وإذا كانت المعاوضة تتخلف عند انعقاد العقد كما رأينا بسبب الربا أو بسبب الشروط الفاسدة التى يضعها المتعاقدان أو أحدهما فى العقد أو بسبب طبيعة العقد وكونه يرتب غرراً أو بسبب الظروف والملابسات التى ينعقد فيها . فإن العقد قد ينشأ صحيحاً وينعقد سليما وتكون المعاوضة التى يتضمنها هذا العقد أوعملية المبادلة لا غبار عليها ولا اعتراض عليها من الشارع ، ثم تطرأ بعد ذلك حوادث من فعل المتعاقدين أو بغيرفعلهما فتجعل المعاوضة لا تحقق الغرض الذى استهدفه الشارع منها وعندئذ يكون لذلك أثره فى العقد — ويتجه حكم الشارع إلى إعادة التوازن بين حقوق العاقدين والتزاماتهما فى العقد .

كيف تتخلف المعاوضة بعد انعقاد العقد :

وإذا كانت المعاوضة المعتبرة فى نظر الشارع وهى سبب الالتزام فى نظرنا تلزم وقت انعقاد العقد وتلزم حتى تنفيذه ، فإننا نرى أن مسألتى تحمل التبعة والفسخ تجدان أساسهما فى تخلف المعاوضة المعتبرة شرعاً ، وهى السبب فى التزام أحد المتعاقدين قبل الآخر فى العقد الملزم لجانبين . ذلك أن المعاوضة عملية مزدوجة تقتضى التبادل ، وقد اخترنا أن تكون المعاوضة هى أساس التزام كل من العاقدين قبل الآخر بسبب هذه الطبيعة المزدوجة للمعاوضة ، فما دامت لا تتم إلا بين طرفين ويشترط أن تؤدى إلى التوازن فى حقوقهما والتزاماتهما فإن هلاك أحد العوضين يذهب بالمعاوضة ذاتها فلا تكون قائمة وكذلك فإن عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه الناشىء من العقد يرتب نفس النتيجة ، وعندئذ تكون مسألة الفسخ أو تحمل تبعة الهلاك ، وكلاهما تجد أساسها فى تخلف المعاوضة المعتبرة شرعاً .

فإذا كان العقد يتضمن عملية معاوضة سليمة من وجهة نظر الشارع ثم هلك أحد العوضين بسبب لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه فإن العوض الآخر لا يلزم العاقد الآخر ، وذلك لأن التوازن يكون معدوماً فى حقوق العاقدين والتزاماتهما الناشئة من العقد ومعنى ذلك الحقوق والالتزامات الأصلية وهى تتركز فى العوضين أو الثمن والمثمون ، فيتدخل الشارع بحكم يعيد ذلك التوازن لأن المعاوضة التى يتطلبها الشارع بأهدافها قد فاتت بسبب هلاك أحد العوضين فيكون إنهاء الرابطة العقدية فى مسألة تحمل التبعة متفقاً مع مذهب الشارع فى وجوب المعادلة بين طرفى العقد الملزم لجانبين .

وقد يكون هلاك أحد العوضين كليا أى يهلك العوض كله فلا يبقى منه

منه شيء أو لا يبقى منه ما ينتفع به كعوض وقد يكون الهلاك جزئياً ، وسنرى حكم الشارع فى كل من الصورتين ، وقد يكون تخلف المعاوضة بسبب أحد العاقدين وبخطئه فيمتنع عن أداء العوض الذى يلزمه ،وعندئذ لا تتم المعاوضة المعتبرة من الشارع ولا يبقى سوى إنهاء الرابطة العقدية بين طرفى العقد وهذا الانهاء أساسه أن يعود التوازن فى حقوق كل من العاقدين والتزاماته قبل الآخر، وسنرى أن الفسخ يجد أساسه فى تخلف المعاوضة المعتبرة شرعاً شأنه شأن تحمل تبعة الهلاك .

وسنبدأ ببيان حكم الشارع فى هلاك أحد العوضين كلياً أو جزئياً ثم نرى حكم الشارع عند امتناع أحد العاقدين عن تنفيذ المعاوضة حسبما اتفق عليها طرفا العقد ، ثم نتتهى ببيان الأساس الذى نراه لما وضعه الشارع من أحكام فى تنظيم تحمل تبعة الهلاك والفسخ .

أولا : تخلف المعاوضة بهلاك أحد العوضين

حكم الهلاك فى القانون :

تنص المادة ١٥٩ من القانون المدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وفى حالة الهلاك يشترط ألا يكون مرجعه إلى فعل المدين بالالتزم وإلا كان مخلا بالالتزام ووجب إعمال قواعد المسئولية العقدية ، بل يجب أن يكون سبب الهلاك مما لادخل لإرادة المدين فيه ، ويكون حكم المادة ١٥٩مدنى إذاً هو انقضاء الالتزام الذى يقابله مادام الالتزام الأول قد أصبح تنفيذه مستحيلا ، والمراد

من الالتزام هو الالتزام الأصلى والأساسى الناشىء عن العقد دون الالتزام الثانوى أو التبعى ومثال ذلك فى عقد البيع الالتزام بنقل الملكية يقابله الالتزام بدفع الثمن ويعد من قبيل ذلك فى عقد الإيجار الالتزام بتسليم العين المؤجرة يقابله الالتزام بدفع الأجرة وبالمحافظة على العين[1] .

واستحالة التنفيذ تأتى من هلاك الشىء المعقود عليه وقد عرفت محكمة النقض هلاك الشىء بأنه زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان ، ويشترط فى تطبيق حكم تحمل التبعة أن يكون هناك التزامان متقابلان ، وهذا الشرط بديهى ذلك لأن المعاوضة فى ذاتها تقتضى التزامات متبادلة فهى عملية مزدوجة ، والمصدر الوحيد الذى ينشىء التزامات متقابلة هو العقد الملزم للجانبين[2] .

ومن المقرر أيضاً فى تحمل التبعة أنه يجب أن يستحيل تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين حتى يمكن أن نبحث عن الجانب الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة ، وذلك يخرج من البحث حالة امتناع أحد العاقدين عمداً عن الوفاء ، وكذلك حالة ما يكون الوفاء ممكناً إلا أنه يرهق المـــدين أو يصبح من العسير عليه الوفاء بالالتزام إذ أن الالتزام فى الحالتين قائم ولا يكون فى حكم المستحيل[3] ويشترط أيضاً أن يكون الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائى فلا ينقضى الالتزام إذا كان الهلاك بيد المدين بل يتغير الالتزام من المحل وينتقل إلى التعويض وأخيراً يشترط أن يكون تنفيذ الالتزام المقابل ممكناً لأنه إذا كان هو الآخر

---

(١) الموجز للسنهورى جـ ١ ص ٢٨٠ الهامش جـ ١ سنة ١٩٦٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٨١ الهامش .

(٣) نظرية العقد للسنهورى ص٩٦٨ وما بعدها .

قد انقضى لم يكن هناك وجه لبحث تبعة الهلاك ما دام كل من الالتزامين قد انقضى ولم يعد قائماً .

أنواع الهلاك :

إذا فرضنا أننا أمام عقد يتضمن بيع منزل لقاء ثمن معين أو إيجار هذا المنزل نظير أجرة محددة فى زمن معين ، فإن الالتزامات المتقابلة تكون هى نقل ملكية المنزل ودفع الثمن فى الحالة الأولى وتكون تمكين المؤجر للمستأجر فى العين المؤجرة والتزام المستأجر بدفع الأجرة فى الحالة الثانية . والهلاك الذى يدعو لبحث مسألة تحمل التبعة فى المثالين السابقين قد يكون هلاك المنزل أو العين المؤجرة بانهدامها مثلا بسبب حادث جبرى سواء كان طبيعياً أو بفعل شخص معين أو مجهول أجنبى عن المتعاقدين ، والهلاك قد يكون كلياً ، وقد يقع على جزء من العين إذا كان يمكن أن يرد العقد على الباقى وإن كانت المنفعة كلها لا يمكن استيفاؤها .

وقد يكون الهلاك مادياً كما فى الأمثلة السابقة ، وقد يكون معنوياً كما فى الالتزام بعمل إذا استحال على المدين تنفيذه فى وقت معين نظراً لعذر قهرى كما لو اتفق رسام مع شخص على رسم صورة له ثم عجز عن تنفيذ الالتزام وأصبح مستحيلا بسبب لا يد له فيه كتقييد حريته أو إصابته بما يعجزه عن أداء الالتزام .

كما يكون الهلاك حكمياً مثل الهلاك الفعلى فانهدام المنزل أو العين المؤجرة معناه استحالة تنفيذ الالتزام فى عقد البيع أو عقد الإيجار ويستوى مع الانهدام الكلى والفعلى صدور قانون أو قرار من جهة الاختصاص يذهب بملكية البائع للمنزل أو بملكية المؤجر للعين المؤجرة ، وعندئذ يكون البحث فى مسألة تحمل التبعة مادام قد تحقق شرط اعتبارها كذلك كما أوردناه وأياً كانت صورة الهلاك التى وردت على موضوع الالتزام .

استحالة الالتزام وحكمها فى الفقه الاسلامى :

ويعبر الفقهاء المسلمون عن استحالة الالتزام بهلاك الشىء بآفه سماوية أو بأن جائحة أصابته أو أنه هلك أو غصب وقد يقصدون بتعذر الالتزام حالة الهلاك كلياً أو جزئياً .

والقاعدة فى الفقه الإسلامى أنه فى حالة هلاك الشىء محل العقد أو أحد العوضين فإن البائع يستحيل عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزام ، ومن ثم يسقط عن المشترى الثمن وينفسخ البيع والحكم هنا هو تحمل البائع (وهو المدين بالالتزام) تبعة هلاك الشىء المبيع فيهلك عليه ، وقد يختلف الحكم فى حالة الهلاك الجزئى عنه فى حالة الهلاك الكلى فإذا هلك جزء من منزل مباع هلك على البائع هذا الجزء كما قدمنا ويسقط عن المشترى جزء من الثمن يوازى ما هلك من المبنى ، فتبعة الهلاك هنا كالحالة السابقة تماما تقع على المدين بالالتزام .

والفرض فى الحالتين السابقتين ان هلاك المبيع أو جزء منه يكون قبل التسليم لأنه إذا تم التسليم فقد نفذ العقد وانتهى أثره بذلك التنفيذ فيهلك الشىء على مالكه .

والتسليم إما أن يكون فعلياً فيتم تسليم المنزل المباع إلى مشتريه أو يتم تسليم العين المؤجرة فعلا إلى المستأجر ـ وهذا التسليم الفعلى لاخلاف فى أنه ينقل تبعة الهلاك على من تسلم الشىء إذ العقد قد تم انعقاده وتنفيذه .

على أن الخلاف قد يقع فى الحالة التى يثور فيها الشك فيما إذا كان المشترى أو المستأجر فى المثالين السابقين قد تسلم كلاهما العين المبيعة أو العين المؤجرة ، وهنا نجد أن التسليم الفعلى لا يلزم دائماً ، فالتسليم قد يكون مجرد التخلية بين المشترى والعين المبيعة أو بين المستأجر والعين المؤجرة إليه ، ويشترط فيه أن

يمكن البائع أو المؤجر المشترى أو المستأجر من قبض المبيع أو شغل العين المؤجرة مثلا ، ومقتضى ذلك أن تزول يد البائع حكما عن الشيء المبيع ، وقد اختلف فيما إذا كان بيع شيء وتركه في يد البائع يتوفر به التسليم أو التخلية فقال محمد بصحة التخلية — واستند إلى أن يد البائع قد زالت عن المبيع وقال أبو يوسف — إن يد البائع ما زالت على داره وعلى المبيع فلم تزل عنه[1] وبناء على ذلك لا تصح التخلية إذا كانت العين المبيعة داراً وفيها متاع للبائع أو كانت العين أرضا وفيها زرع له ويقول الكاسانى « لو أعار المشترى المبيع للبائع أو أودعه أو آجره لم يكن شيء من ذلك قبضا »[2] ، وكذلك إذا لم يتسلم المبيع عند رهنه ببقية الثمن[3] ، كما يشترط أن يكون المشترى متمكنا من قبض المبيع فعلا ، ويختلف ذلك بحسب أحوال المشترى والشيء المبيع فإذا كان الشيء المشترى ثوباً مثلا أو حيواناً وخلى البائع بين المبيع والمشترى الذى كان بعيدا فإن ذلك لا يعتبر قبضا وقد روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن ذلك يكون قبضا[4] .

والقبض له أهمية حتى في حالة العقد الباطل (أو الفاسد في اصطلاح الحنفية) فإذا كان البيع باطلا وقبض المشترى المبيع بإذن البائع وهلك فإن المشترى يضمن قيمة المبيع[5]، على أن البعض قد اعتبر يد المشترى أمانه[6] .

(١) الهداية للمرغينانى جـ ١ ص ٦٤٢ .

(٢) البدائع جـ ٥ ص ٢٤٦ .

(٣) فتاوى قاضيخان جـ ٢ ص ٢٢٠ .

(٤) الهداية جـ ٢ ص ٦٤٥ .

(٥) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٢ .

(٦) المرجع السابق ص ٣٠٥ .

وقاعدة أن المدين يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم مقررة فى الفقه الإسلامى كما سبق أن ذكرنا ، ويعبر الإمام السرخسى عن ذلك بأن هلاك المبيع فى يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع[(١)] .

ويقول الكاسانى فى البدائع فى حالة الهلاك الكلى إن البيع ينفسخ ويقول ابن عابدين أنه يبطل[(٢)] ويقول الغزالى فى الوجيز « وموت المنفعة بالكلية كموت الدابة وانهدام الدار موجب للفسخ[(٣)] » .

والظاهر أن المقصود هنا انفساخ العقد من تلقاء نفسه لأن البيع لو بقى بعد الهلاك « أوجب مطالبة المشترى بالثمن مع العجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا[(٤)] » ، وإذا استأجر داراً أو حماما فانهدم منه جزء يحق للمشترى الفسخ حتى لو قال صاحبها أنا ابنيها لا يلتفت إلى قوله[(٥)] .

وإذا كان المبيع ثمارا وأصابها الهلاك بجائحة فإن التبعة قبل القبض تكون على البائع ، والجائحة هى كل ما لا يستطاع دفعه ، وقال ابن القاسم كل ما أصاب الثمرة من الجراد والريح والنار فذلك كله جائحة توضع من المبتاع إن أصابت الثلث فصاعدا ، وقال ابن القاسم لو سرقها سارق كانت الجائحة وقال ابن نافع ليس السارق جائحة وقول ابن القاسم أصوب[(٦)] ، وتعريف الجائحة بأنها ما لا يستطاع دفعه دقيق إذ من الجائز أن تكون الجائحة سماوية ، ومن الجائز

---

(١) المبسوط جـ ١١ ص ١٧١ .

(٢) البدائع جـ ٢ ص ٢٣٩ ورد المحتار جـ ٤ ص ٤٤ .

(٣) الوجيز للغزالى جـ ١ ص ٢٣٨ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ٢٢٨ .

(٥) المدونة جـ ٣ ص ٤١٤ .

(٦) زاد العباد جـ ١ ص ٣٠٦ .

أن تكون بفعل إنسان لايستطاع رده عن إحداثها فلا فارق بينها وبين الآفة السماوية فى الواقع ، والهلاك الذى يعتد به هو هلاك الأعيان فإذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ البيع وإذا هلك الثمن فى المجلس قبل القبض فإن كان مثلياً لا ينفسخ لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين والناس لهم أغراض فى الأعيان[1] ، والتسليم هو المعول عليه فى انتقال تبعة الهلاك إلى المشترى فيسقط الثمن وينفسخ العقد[2] ، وإذا سقطت الدار المؤجرة كلها أو انهدمت فللمستأجر أن يخرج من الدار سواء كان المؤجر حاضراً أو غائباً واختلفت إشارة الروايات فى أن العقد ينفسخ أو يثبت له (أى للمستأجر) حق الفسخ والصحيح أنه ينفسخ[3] ، ويماثل الانهدام ما إذا منع مانع من الانتفاع بعد التسليم فى المدة كما إذا غصب غاصب العين فإن الأجرة تسقط فى المستقبل ، ولا خلاف فى أن تبعة الهلاك تقع على المدين بالالتزام ما دام الهلاك قبل التسليم أو القبض سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً ، ويستوى فى ذلك أن تكون صورة الهلاك فعلية أو حكمية إذ يقول السرخسى — قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار فى هذا والمنقول سواء حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن[4] — . فهنا لا يختلف الحكم إذا كان فى الإمكان تصور هلاك المبيع العقار — وهو فى بعض الأحوال يهلك حكماً .

والحكم فى الهلاك الجزئى كالحكم فى الهلاك الكلى فإذا انهدم جزء من الدار أو غصب غاصب جزءاً من العين المؤجرة ينفسخ العقد بقدر الهالك

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندى ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٦ .

(٣) المرجع السابق — وهنا تفرقة بين الفسخ والانفساخ .

(٤) المبسوط ج ١٣ ص ٩ .

وتسقط حصة فى الثمن وذلك لأن كل قدر من الشىء المؤجر معقود عليه يقابله شىء من الثمن[1] ـ وهو صريح فى أن الهلاك يخل بالمعاوضة .

على أنه يشترط فيما تقدم أن يكون التسليم أو القبض لم يتم ولا يكون للمشترى يد فى ذلك ، فإذا تعسف المشترى ورفض الاستلام ، فإن التبعة فى الهلاك تكون عليه ويهلك المبيع عليه ، ويكفى فى التسليم أن يخلى البائع بين المشترى وبين الشىء المبيع أو أن يخلى المؤجر بين المستأجر وبين الشىء المؤجر وذلك حتى يكون للبائع وسيلة للوفاء بالتزامه بالتسليم ، ولا يشترط رضاء المشترى حتى لا يظل البائع تحت رحمة المشترى إذا شرط رضاؤه للقبض وإن كان البعض يشترط أن يعلم البائع المشترى بذلك[2] .

وقد أوردت المجلة حكم الهلاك فى حالة البيع فنصت المادة ٢٣٩ منها على أنه « المبيع إذا هلك فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يكون من مال البائع ولا شىء على المشترى » .

وأوردت المجلة عكس هذا الحكم فى حالة الهلاك بعد القبض فالمعول عليه فى انتقال تبعة الهلاك هو القبض ، وأورد صاحب مرشد الحيران فى المادة ٢٥٤ حكم تبعة الهلاك « إذا هلك المعقود عليه فى المعاوضات المالية وهو فى يد صاحبه بطل العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بآفة سماوية ووجب عليه رد العوض الذى قبضه إلى صاحبه — والحكم نفسه فى العقود على المنافع فى المادة ٢٥٥ » ـ ويلاحظ أن الحكم فى المجلة أدق من ناحية الصياغة لأن تعبير مرشد الحيران بأن المبيع « فى يد صاحبه » يثير اللبس .

---

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ١٠٩ .

ثانيا : تخلف المعاوضة عند عدم التنفيذ

الفسخ فى القانون وأنواعه:

ذكرنا أن تخلف المعاوضة المعتبرة شرعا قد يكون فى صورة هلاك أحد العوضين وتثور مسألة تبعة هذا الهلاك وعلى من تقع هذه التبعة ، وقد رأينا فيما تقدم أنها تقع على المدين بالالتزام — والفرض فيما ذكرناه — أن الهلاك الذى يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام يقع دون أن يكون لأحد المتعاقدين يد فيه ـ ويخل وقوعه بالمعاوضة ويهدف حكم الشارع إلى إعادة التوازن إلى العقد .

أما عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه الناشىء عن العقد الملزم للجانبين فإنه يختلف عن مسألة تبعة الهلاك — فهنا لاشك فى خطأ العاقد الذى يرفض تنفيذ التزامه وسنرى كيف تختل المعاوضة بسبب رفض أحد العاقدين تنفيذ التزامه وكيف يعالج الشارع هذا الاختلال فى القانون ثم فى الفقه الاسلامى .

وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض » ونصت الفقرة الثانية على أنه يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ، وهذه المادة تقرر القاعدة فى طلب الفسخ عند عدم تنفيذ الالتزام من جانب أحد العاقدين ، والفرض هنا كما ذكرنا أن عدم تنفيذ الالتزام هو فى ذاته خطأ من جانب المتعاقد وليس واقعا جبرا عنه .

والفسخ هنا يطلبه الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ فهو لا يقع من تلقاء نفسه ،

ويطلب من القاضى الذى يحكم به متى تحققت شروطه — ويختلف ذلك عن الفسخ الاتفاقى الذى يجوز لكل من العاقدين أن يشترطه فى العقد ، فإذا اشترطاه (وهو الاتفاق على أن العقد يصبح مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم ينفذ أى طرف من طرفى العقد التزامه) جاز هذا الشرط وكان واجب العمل به وهو لا يعفى من إعذار المدين الذى لم ينفذ الالتزام بتنفيذه إلا إذا اتفق على الإعفاء من الاعذار ، والذى يهمنا بحثه ليس هو الفسخ الاتفاقى وإنما هو الفسخ القضائى أو الفسخ الذى يكون بطلب من الدائن بالالتزام لأن الأصل فى فسخ العقود هو ذلك النوع من الفسخ . ويهمنا بيان أساس هذا الفسخ ومدى اتصاله بالمعاوضة التى يعتبرها الشارع .

شروط الفسخ فى القانون :

والفسخ لا يوجد إلا فى عقد ملزم للجانبين أى فى عقد يتضمن معاوضة وذلك ظاهر ، لأن الفسخ فى حالة وقوعه والحكم به هو علاج للحالة التى لا ينفذ فيها أحد العاقدين التزامه — كما يشترط لطلبه ألا يكون العاقد الآخر قد نفذ الالتزام — وأن يكون مستعداً لأداء التزامه هو — وقادرا عند الحكم بالفسخ على إعادة الحال إلى أصله قبل التعاقد .

وعند تحقق شروط طلب الفسخ لا يكون على القاضى أن يقضى بالفسخ حتما ، بل تكون له سلطة تقديرية فهو يستطيع أولا أن يمنح مهلة للمدين بالالتزام ويستطيع أيضاً رفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية إلى جانب ما وفاه من الالتزام فى الجملة ، إذ يكون الدائن عند طلب الفسخ متعسفاً فى هذه الحالة — ويترتب على الفسخ إعادة كل من طرفى العقد إلى حالته قبل التعاقد طبقا للمادة ١٦٠ مدنى فإذا استحالت إعادة كل من الطرفين

إلى حالته قبل العقد جاز الحكم بتعويض ، وهذا الحكم يشمل جميع أنواع الفسخ (الاتفاق والقانونى والقضائى) فيرد البائع الثمن والمشترى المبيع ويسلم المستأجر العين ولا يلتزم بالأجرة عن المستقبل .

ويختلف الفسخ كنظام قانونى عن البطلان المطلق والبطلان النسبى — إذ أن الفسخ لا يرد إلا على عقد انعقد صحيحا ثم طرأ عليه ما يجعل لأحد العاقدين حقا فى فسخه أو طلب فسخه وذلك بعد انعقاد العقد وعند تنفيذه ، أما البطلان فهو إذا كان بطلانا مطلقا منع من انعقاد العقد أصلا فيقع باطلا إذا فقد ركنا من أركانه مثلا كالرضا أو المحل أو السبب ـ وإذا كان البطلان نسبيا فإن العقد ينعقد ويكون باطلا إذا طلب ذلك من له حق طلب الابطال ، وصحيحا إذا أجازه أو رفض طلبه بالإبطال — والبطلان سواء كان مطلقاً أو نسبيا يكون معاصرا لتكوين العقد — أما الفسخ فهو يأتى على عقد قد انعقد صحيحا .

الفسخ فى الفقه الإسلامى :

ولا نجد فى الفقه الاسلامى قاعدة للفسخ باعتباره نظرية عامة تطبق على جميع العقود فى أحوال معينة تقتضى الفسخ وتتجه الفروع فى التطبيق إلى هذه النظرية العامة — كما يتضح من بعض نصوص الفقه الإسلامى فى الفسخ أنها تطلق عليه أحيانا البطلان وكل منهما نظام قانونى يختلف عن الآخر تمام الاختلاف ، وكذلك نجد أن الفسخ ليس حقا خالصا للدائن الذى يطلبه بل أنه فى بعض الأحيان يكون واجباً عليه باعتباره حقا للشارع .

ففى العقد الفاسد يجب على المتعاقد أن يطلب فسخه ويرفعه القاضى جبرا

ولا يجوز للمشترى فى العقد الفاسد أن يتصرف فى الشىء المبيع إليه، قال الكرخى ويكره فى التصرفات كلها لأنه يجب عليه الفسخ لحق الشرع، وفى هذه التصرفات إبطال حق الفسخ أو تأخيره فيكره ، وقال البعض لا يكره فى التصرفات المزيلة للملك لأنه يزول الفساد بسببها[١] .

وهنا نجد أن الفسخ يعتبر من جهة حقا للشارع، وهذا يعد خلطا بين البطلان والفسخ بسبب عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه ، فالبطلان يعتبر معصية فى العقد يجب على العاقد رفعها ويرفع القاضى العقد جبرا ، على أن كثيرا من حالات الفساد فى العقد تعتبر من قبيل البطلان المطلق أو النسبى الذى يرتفع بإجازة العقد بعد انعقاده — وذلك لعيب من عيوب الرضا على الأخص .

مصطلح الفقهاء فى الفسخ :

والواقع أن الفقه الاسلامى لا يفرق فى المصطلح بين البطلان والفساد وبين الفسخ ، فقد جاء أن حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذى يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الأربعة والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حكم كل بيع لازم[٢] والذى يهمنا فى الواقع هو النوع الأخير الذى لا يرتفع إلا بالاقالة لأن هذا النوع وحده الذى يرد عليه الفسخ كما هو مقرر فى القانون — وبعض الفقهاء قد اعتبر من بين أحوال الفسخ انقضاء المدة وموت أحد العاقدين[٣] ولا يخفى أن هذه الأسباب ، وهى انقضاء المدة وموت أحد العاقدين لا تعد من أسباب الفسخ — بل هى من أسباب انقضاء الالتزام فى بعض الأحوال .

---

(١) تحفة الفقهاء ص ٢٧ .
(٢) البحر الرائق جـ ٥ ص ٣٠٦ .
(٣) البدائع جـ ٦ ص ١٨٨ .

ومع ذلك فإن البعض قد ميز بوضوح أن الفسخ عمل إرادى يقوم به أحد العاقدين وهو سبب لانقضاء الالتزام ، بخلاف الانفساخ فهو نتيجة لسقوط الالتزامات أو انقضائها فقد جاء فى تحفة الفقهاء فى فسخ الاجارة للعذر « كذا المستأجر إذا كان لا يحصل له النفع مما استأجره إلا بضرر يدخله فى ملكه أو بدنه فبدا له ذلك فله فسخه » ، وهنا الفسخ بمعنى العمل الارادى المبنى على الطلب إن كان قضائيا أى طلب من القضاء عند النزاع وذلك بغض النظر عن سبب الفسخ فى المثال الذى يفيد أن عدم الاستفادة من الشيء المؤجر كان بعد انعقاد العقد ، وأن طلب الفسخ لسبب هو عدم الانتفاع من الشيء المؤجر - من غير هلاك العين المؤجرة .

وأحيانا يتكلم الفقهاء عن الفسخ الذى يقع من جانب واحد فى العقد الملزم للجانبين ، فمثلا إذا باع البائع شيئاً مما يسرى الفساد إليه بسرعة وتأخر المشترى فى سداد الثمن (أى تخلف عن تنفيذ الالتزام الناشيء عن العقد) واستلام المبيع كان للبائع الاستقلال بفسخ العقد والبيع لغيره منعاً للضرر الواقع عليه — كما يجوز أن يكون الفسخ لمصلحة عامة ، وذلك إذا كان تنفيذ العقد من شأنه الاضرار بالمصلحة العامة[1] كما فى حالة بيع العبد إذا كان هو يقصد من تمام البيع فراره من الجندية وعندئذ يؤخذ العبد من المشترى ويرجع على من باعه بالثمن .

وسوف لا نلتزم التفرقة الدقيقة بين الفسخ والبطلان فى بيان الفسخ فى الفقه الاسلامى إذ لم يلتزم الفقهاء هذه التفرقة ، والتى إذا التزمناها قصر ذلك عن إدراك حكم الفسخ فى الفقه الاسلامى على حقيقته ، إذ الغالب أن الفقهاء

---

(١) رد المحتار متفرقات البيوع جـ ٣ ص ٣٢٢ — ٣٢٦ ، ويشترط علم العاقد الآخر الفسخ وعند أبى يوسف لا يشترط — فتح القدير جـ ٥ ص ٢٣١ .

يتحدثون عن الفسخ بالبطلان أو الفساد فمثلا حالة فساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد[1] المقصود هو الانفساخ أو الفسخ وليس الفساد ، على أننا نجد أن بعض الفقهاء قد قرر صراحة أن الفسخ لا يكون إلا بعد انعقاد العقد وهذا هو التمييز السليم لمسألة الفسخ والذى يبتعد بها عن الاختلاط بفساد العقد أو بطلانه ، فقد جاء أن فسخ العقد هو بعد وجود العقد لا محالة[2] ، والبطلان أو الفساد يعاصر العقد ولا يتراخى إلى ما بعد انعقاده صحيحا كالفسخ .

ومثال ذلك إذا سقط حائط من الدار فأراد المستأجر ترك الاجارة ، فإذا كان سقوط الحائط لا يفوت عليه منفعة السكنى فليس له ترك الإجارة (وهو هنا بمعنى الفسخ) لأن المنفعة لم تتغير أما إذا كان سقوط الحائط يضر بالسكنى فله الخروج (وهو هنا بمعنى الفسخ) لتمكن الخلل فى مقصوده[3] ، وإذا غصب الدار من المستأجر أجنبى سقط عنه الأجر مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه[4] .

ما هو الفسخ فى الفقه الإسلامى وأسبابه :

والفسخ هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كان لم يكن[5] — ففى البيع يعود المبيع إلى ملك البائع والثمن إلى ملك المشترى — وقد يفيد ذلك فى أن الفسخ أثرا رجعياً وهنا يتفق الفقه مع القانون . ففى العقود الفورية كالبيع والمقايضة مثلا يكون الفسخ مستنداً أى يكون له أثر رجعى — أما إذا كان العقد مما يستمر تنفيذه كعقد الإيجار أو الشركة ، فإن الفسخ يكون مقتصراً

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ٢٦ .
(٢) حاشية الشلبى على الزيلعى جـ ٥ ص ١٤٣ .
(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ١٣٠ .
(٤) المرجع السابق ص١٣٧ .
(٥) البدائع جـ ٢ ص ١٨٢ .

أى ليس له أثر رجعى وإنما يسرى على المستقبل فقط وما مضى يكون على حكم العقد[١] ، والفسخ أيضاً هو حل ارتباط العقد[٢] .

وقد يقع الفسخ فى الفقه الإسلامى اتفاقياً وإذا كان فى عقد لازم كان إقالة وهى « رجوع كل من العوضين لصاحبه فيرجع الثمن للمشترى وللثمون البائع ، وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع[٣] ، وهى بيع جديد فى حق غير العاقدين إجماعاً وفى حقهما بعد القبض فسخ فإذا تعذر جعلها فسخاً بطلت ، وعند أبى يوسف بيع فإن تعذر ففسخ فإن تعذر بطلت الإقالة وبقى البيع الأول[٤] . ولا خلط هنا بين الفسخ والبطلان فى الفسخ الاتفاق .

وبذلك فإن الإقالة تعد من باب الفسخ الاتفاق وهى فى الواقع لا صلة لها بالمعاوضة لأنه قد يرجع المتعاقدان عن العقد ويتقايلان مع أنه لاخلل فى المعاوضة بالنسبة لأيهما ، وقدترجع الإقالة إلى أنالفقه الإسلامى يتجه بالرضا إلى أن يكون رضا كاملا وليس رضا ظاهراً يكفى لانعقاد العقد ، ولذلك يعين العاقد الذى اكتشف فى نفسه شيئاً منعدم الرضا بعد انعقاد العقد صحيحاً على أن يجد وسيلة أو مخرجاً من هـــذا العقد ، والإقالة مندوب إليها فى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » .

والفسخ الذى يهمنا وله صلة بالمعاوضة هو الفسخ الذى يطلبه العاقد إذا لم ينفذ العاقد الآخر التزامه فى العقد الملزم للجانبين فهنا يتعلق الأمر باختلال المعاوضة سواء كان عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، وهنا نجد أن الفقه

---

(١) مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العام ص ٥٣٤ — ٥٣٧ .
(٢) أشباه السيوطى ص ١٤٦ .
(٣) زاد المعاد جـ ١ ص ٧٦ .
(٤) مجمع الأنهر المجلد الثانى ص ٧١ الطباعة العامرة .

الإسلامى كمبدأ لا يجيز للعاقد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العاقد الآخر التزامه فإذا تخلف البائع عن تسليم المبيع أو تخلف المشترى عن دفع الثمن عند حلول الأجل فإن المبدأ هو إجبار العاقد على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه عينا ممكنا لأن مهمة القاضى هى إيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم فلا موجب للفسخ [(١)] ، فالقاعدة أنه إذا كان الثمن دينا أجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن إن كان حاضراً وإن كان الثمن غائباً أو بعيدا أو كان المشترى معسراً فللبائع الفسخ [(٢)] — وهو بمعناه الدقيق فى القانون — ويرى البعض أن إعطاء الدائن بالالتزام حق الفسخ فى مواجهة المدين الذى لم ينفذ التزامه تسمح به قواعد الشريعة وأصولها العامة كالحديث النبوى : « لاضرر ولاضرار » كما أن إعطاء الزوجة حق فسخ عقد النكاح إذا لم يوف زوجها بما شرطه لها فى العقد يعتبر مثالا لذلك الفسخ .

وقد سبق أن بينا أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا فى تقدير ما يعطى من سلطان للدائن إزاء مدينه الذى لم يوف بالتزامه ، فمنهم من أجاز حبسه أو أجاز ملازمته حتى يفى الدين ورأى البعض إنظاره حتى ميسرته ، وعرف الفقهاء الغنى بأنه القدرة على الوفاء واختلفوا فى بيان المعسر من الموسر واعتبروا الزى أحيانا والبعض رأى أن الأصل فى الناس الفقر والغنى عارض [(٣)] .

على أن بعض العلماء فى أصول الفقه فرقوا بين الفسخ رضاء والفسخ جبرا عن المتعاقدين أو جبرا عن أحدهما بحكم القاضى ، والانفساخ بسبب استحالة

---

(١) مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العام ص ٢٣٩ .

(٢) « « « « « ص ٢٤٠ .

(٣) فتح القدير ص ٤٧٢ — ٤٧٣ .

التنفيذ كهلاك أحد العوضين فالفسخ قلب كل من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل من العوضين لصاحبه ، فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة ، والثانى صفة العوضين فالأول سبب شرعى والثانى حكم شرعى فهما فرعان الأول من جهة الموصوفات والثانى من جهة الأسباب والمسببات فالفسخ هنا يشمل الفسخ الاتفاقى والقضائى والانفساخ هو تحمل التبعة عن الهلاك .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يصون العقود عن الفسخ ما أمكن ذلك فإذا استأجر شخص عاملا فهرب العامل قبل تمام العمل استأجر صاحب العمل من يعمل عليه وله أن يفسخ العقد إذا عجز ويسلم إلى العامل أجره قبل هربه[١] ، وكذلك فوات المنفعة بالكلية موجب للفسخ[٢] ، وفى مجمع الضمانات إذا استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها ضعفه فإذا سلمت الدابة فعليه الأجر كاملا وإذا عطبت فعليه نصف قيمتها والأجر كاملا وهو قول أبى يوسف[٣] ، وكذلك إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها بشىء آخر أضر بالأرض من الحنطة ضمن ما نقص من قيمة الأرض[٤] ، وإذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر فهلكت يضمن ثلث قيمتها[٥] .

ومن الأمثلة السابقة يبين لنا أنه عند رغبة أحد العاقدين فى الفسخ بسبب عدم تنفيذ أحد العاقدين للالتزام الذى أوجبه العقد فإن الشارع يعنى بالمعاوضة

---

(١) الوجيز للغزالى ج ١ ص ٢٢٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٣ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٠ .

(٥) المرجع السابق ، وهذا الحكم منتقد لأن هلاك الدابة كان بخطأ المستأجر بلا جدال وضمان ثلث القيمة فحسب لا يجد أساساً .

ويشرف على إبقائها دائما داخل دائرة التعادل ، ولا يجيز الفقه الإسلامى أن ينال أحد الطرفين ما يستحقه بالعقد وينال تعويضا لمجرد الفسخ ، فإذا أخطأ أحد العاقدين عند تنفيذ العقد كما فى حالة استئجار دابة ليحمل عليها شيئا فحمل غيره فإذا كان ما حمله عليها أخف فلا شىء عليه وإذا كان ما حمله أثقل فهو مخالف وضامن ولا أجر عليه لأن الدابة هلكت بفعل غير مأذون فيه فوجب الضمان دون الأجر « لأنهما لا يجتمعان »[1] فلا يعترف الفقه الإسلامى بالفسخ مع التعويض — أما إذا كان الفسخ لعذر كما إذا أراد المستأجر أن يفسخ الإجارة لانتقاله من البلد أو أن يفسخ إجارة حانوت لاستغنائه عن العمل فى التجارة جاز له ذلك وليس للمؤجر منعه لأن الضرر يأتى على المستأجر من تبقية العقد[2].

ومن ناحية أخرى فإنه إذا امتنع العاقد عن إيفاء ما التزم به يجبر عليه كما سبق أن ذكرنا إلا إذا كان الإجبار غير ممكن ، جاء فى البدائع فى حالة ما إذا باع شيئا وشرط لنفسه أن يأخذ رهنا لأجل استيفاء الثمن « أن الرهن إذا شرط فى البيع فقد صار حقا من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه — ولنا أن الرهن عقد تبرع فى الأصل والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البيع[3] ـ وهنا نجد أن الفسخ هو آخر الحلول التى يعطيها صاحب البدائع فهو يأتى بعد طلب الرهن وبعد المطالبة بقيمة الرهن أو تخيير المشترى دفع الثمن (إذا كان لم يحل طبعا) ثم يأتى بعد ذلك كله فسخ البيع

---

(١) تحفة الفقهاء ص ٥٣١

(٢) المرجع السابق ص ٥٣٣ — ٥٣٤ وخالف الشافعى فى فسخ الإجارة للعذر . وأخذ القانون المدنى بفسخ الإجارة بالعذر فى المادة ٦٠٩ منه .

(٣) البدائع جـ ٥ ص ١٢١ .

وهو هنا فسخ بالمعنى القانونى إذ يأتى على عقد نافذ لازم بسبب عدم الوفاء من أحد الطرفين ، ويرى الفقيه الحنفى زفر بن الهذيل أن المشترى فى الحالة السابقة يجبر على أداء الرهن إذا امتنع لأن الرهن صار من حقوق البيع يجبر على تنفيذه الطرف الممتنع[1] .

أساس تحمل التبعة فى القانون :

إن تبعة الهلاك تقع فى القانون المصرى على المدين بالالتزام وهذه القاعدة يضطرد تطبيقها فى القانون المصرى بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين كالبيع طبقا لما تقضى به المادة ٤٣٧ مدنى « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع » وكالإيجار طبقا لما تقضى به المادة ١/٥٦٩ « إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه » وإذا كان الهلاك جزئيا فللمستأجر حق طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة طبقا للفقرة الثانية أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة أو العارية وهلك محل العقد كالشىء المودع أو المعار بسبب لا يد للمدين فيه هلك على الدائن وهذه هى القاعدة فى القانون المصرى — وهى تتفق مع الفقه الإسلامى .

وفى القانون الفرنسى تقع تبعة الهلاك على المالك فإذا هلك الشىء المبيع قبل تسليمه للمشترى هلك عليه لا على البائع وذلك فى المادة ١٦٢٤ مدنى فرنسى وكذلك فى المادة ١٧٠٧ بالنسبة للمقايضة إلا إذا كان فى البيع أو المقايضة شرط واقف وهلك الشىء قبل تحقق الشرط ففى هذه الحالة تكون التبعة على المدين ،

---

(١) المرجع السابق .

وبذلك لم تضطرد القاعدة فى القانون الفرنسى كما اضطردت فى القانون المصرى وكما هى الفقه الإسلامى كما أوضحنا فيما تقدم .

وقد كان اتباع الصياغة القانونية السليمة يقضى بأن تكون تبعة الهلاك على المالك ، فمتى تم عقد البيع انتقل المبيع إلى ملك المشترى وهو الدائن حتى ولو لم يسلم ، إذ الشيء دخل فى ملكه — وقد كان القانون الفرنسى يأخذ بذلك كقاعدة عامة وكان ذلك استمدادا من القانون الرومانى الذى كانت تبعة الهلاك فيه على الدائن — ثم جعل القانون الفرنسى عدة استثناءات لهذه القاعدة حتى لا تكون مطلقة ـ إذ الاطلاق فيها ينافى العدل .

وقد اختلف فى تعليل الحكم الذى يقضى بأن تكون تبعة الهلاك على المدين ، فذهب البعض إلى أنه فى العقود الملزمة للجانبين يكون التزام كل من العاقدين مقترنا بشرط ضمني فاسخ هو تنفيذ التزام العاقد الآخر بحيث إذا لم ينفذ هذا الالتزام تحقق الشرط الفاسخ وكان للطرف الآخر فسخ العقد ، ويرجع هذا الرأى إلى أصل تاريخى فى القانون الرومانى إذ لم يكن الرومان يجيزون فسخ عقد البيع لعدم دفع الثمن ، ثم لجأ البائعون فى العمل إلى أن يضمنوا العقد شرطا بمقتضاه يصير البيع مفسوخا إذا لم يؤد الثمن فى الميعاد المعين ، وقياسا على ذلك وفى حالة استحالة التنفيذ للهلاك يسقط الالتزام المقابل من باب أولى .

ويذهب البعض إلى أن أساس تحمل التبعة هو فى نظرية السبب وذلك لتعليل حكم الهلاك الكلى أو الجزئى فقالوا ان سبب الالتزام هو الغاية المباشرة التى قصدها المتعاقد من وراء التزامه وبحسب النظرية التقليدية فى السبب فإن كل التزام يجد سببه فى الالتزام المقابل ، وزاد بعض الفقهاء أن السبب ليس هو مجرد الالتزام المقابل وإنما تنفيذه كما سبق أن بسطنا هذا القول عند الكلام

عن نظرية السبب فى الفقه اللاتينى ويكون يسيراً بعد ذلك تعليل مسألة تبعة الهلاك وبيان أساسها فما دام التزام أحد العاقدين قد استحال تنفيذه بقوة قاهرة فإن الالتزام المقابل يسقط لأنه لا يكون له سبب وعندئذ نفهم السبب على أنه عنصر انعقاد وعنصر تنفيذ .

أساس تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى :

يرى الدكتور محمد زكى عبد البر فى رسالته تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى أن أساس تبعة الهلاك فى الفقه الإسلامى هو طبيعة العقد الملزم للجانبين وليس الشرط الفاسخ الضمنى أو نظرية السبب ، وذلك لأنه يأخذ بفكرة عدم وجود نظرية للسبب فى الفقه الإسلامى . على خلاف ما نذهب إليه من وجود مفهوم لهذه الفكرة فى المعاوضة المعتبرة شرعا . ويرى أن أساس الحل فى الفقه الإسلامى كما هو فى القانون أيضاً . هو طبيعة العقد الملزم للجانبين .

واستند فى التدليل على ما رآه إلى نصوص من الفقه الإسلامى وكلها تفيد أهمية المعاوضة فى العقد الملزم للجانبين ، وتركز هذه النصوص على عملية المعاوضة أو المبادلة « فمقتضى المعاوضة أن تنشىء التزامات متقابلة »[1] وما دام هذا هو أساس ما يراه فى تحمل التبعة فإنه يكون هو المعاوضة المعتبرة شرعا .

فالمعاوضة أو عملية المبادلة التى ينظمها الشارع هى جوهر العقد الملزم للجانبين فى الفقه الإسلامى ، وهلاك أحد العوضين بعد العقد يجعل وفاء الالتزام مستحيلا ، ولذلك فإن المعاوضة تصبح غير قائمة ولا يمكن أن يجتمع البدلان العوض والمعوض فى جانب واحد إذ يكون فى ذلك إخلال بالتوازن

(١) تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى جـ ١ ص ١٤١ رسالة للدكتور محمد زكى عبد البر .

بين حقوق كل من العاقدين والتزاماته — ويكون تحمل التبعة وكونها على المدين قبل القبض تمشيا مع شرط التوازن فى مضمون العقد .

ويظهر ما نراه بشكل أوضح فى حالة الهلاك الجزئى، فالالتزام الذى انقضى جانب من محله بالهلاك لم ينقض بسببه الالتزام تماما ، ومع ذلك فإنه يسقط من الالتزام المقابل ما يساوى قيمة ما هلك من التزام العاقد الآخر (أى ما أصبح فيه الالتزام مستحيلا) وهنا نجد أن فكرة المعاوضة أدق فى تعليل هذا الحكم من فكرة طبيعة العقد الملزم للجانبين ، فما زال العقد يمكن أن يعد ملزما للجانبين ، لأننا لا نجزىء الالتزام إلى أجزاء متعددة لها كلها طبيعة العقد الملزم للجانبين بل هناك التزام واحد فى كل من الجانبين — ولكن حكم الهلاك الجزئى يتفق أكثر مع فكرة المعاوضة فهى بذاتها عملية مزدوجة ، وقد قرر الأستاذ زكى عبد البر أهميتها البالغة وأنها جوهر العقد الملزم للجانبين ، وما دام يشترط فى المعاوضة كما ذكرنا أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد فإن هلاك محل الالتزام أو جزء منه واستحالة تنفيذه استحالة مطلقة يجعل حكم تحمل التبعة متفقا مع نظرتنا إلى السبب ، وأنه المعاوضة التى يعتد بها الشارع والتى تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد اللازم — بين حقوق العاقد والتزاماته فإذا كان الهلاك من شأنه أن يخل بتلك الموازنة فان الشارع يعيدها بالقاعدة المقررة فى تحمل التبعة .

حق الفسخ وأساسه فى القانون :

وأساس حق الفسخ فى القانون اختلف فيه الفقهاء ، ومبدأ الفسخ كان مقررا فى المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى تحت عنوان الشرط الفاسخ، وقد دعا ذلك بعض الشراح — مثل بلانيول وجوسران — إلى القول بأن هذه المادة تعد تقريراً لشرط ضمنى فاسخ فى العقود المتبادلة وليس ذلك سوى الشرط الذى كان موجوداً

فى القانون الرومانى عندما يتخلف أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه والذى أصبح فى المادة ١١٨٤ فرنسى شرطاً نموذجياً .

وقد أرجع كابيتان الفسخ إلى تخلف السبب ، وتساءل عما إذا كان الفسخ يعد جزاء على عدم تنفيذ الالتزام أو أنه تطبيق لقواعد سامية من الأخلاق والعدالة والكنسيون اعتبروا أن الفسخ له صفة العقوبة على سوء النية إذ أن حسن النية يقتضى تنفيذ العقد ، ويتعارض مع حسن النية أن يطلب شخص من آخر أن ينفذ التزامه بينما هو شخصياً لم يقم بتنفيذ التزامه ، وكان يجب الرجوع دائماً إلى القاضى الكنسى للحكم بالفسخ .

على أن البعض يذهب إلى أن فكرة السبب غير كافية لتعليل الفسخ فى العقود التبادلية ولأن تكون أساسا صالحا له ، ويؤسس هؤلاء الفسخ على العدالة ، فالعقد التبادلى يفرض بطبيعته فى القانون وفى الواقع تعادلا بين الالتزامين الأساسيين والسبب يحقق التعادل فى القانون فى مجال التكوين والفسخ يعد جزاء لهذا التعادل فى حالة عدم التنفيذ[١] .

الفسخ وأساسه فى الفقه الإسلامى :

وقد رأى البعض[٢] أن أساس حق الفسخ فى الشريعة هو ركن الرضا كما فهمه علماء الشريعة الإسلامية ، فإن الرضا فى الفقه الإسلامى هو اتحاد الإيجاب بالقبول اتحادا يظهر أثره فى المعقود عليه ، وبذلك يكون ركن الرضا مرتبطا بالمحل وهو ركن العقد الثانى وذلك طيلة حياة الالتزام فإذا انعدمت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد كان العقد مفسوخا أو قابلا للفسخ.

(١) مقال فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٩٦ وكذلك ريبير القاعدة الأدبية فى الالتزامات ص ١٢٨ .

(٢) النظرية العامة للفسخ للدكتور على حسن ذنون ص ٧٣ .

ولا يخفى ما فى هذا القول من بعد عن التحليل الصحيح للفسخ — وقد جعل هذا الرأى المحل هو الركن الثانى فى العقد « مع الخلاف فى اعتبار المحل ركنا لأن ركن العقد هو الرضا كما جرى عليه الغالبية من الفقهاء » وقد ربط الرأى المتقدم بين الرضا وبين المحل ، وكلاهما عنصر متميز عن الآخر وأولهما عنصر نفسى والثانى عنصر مادى بلا جدال وليس لهذا الرأى من سند سوى تعريف العقد وهو بذاته لا يؤدى إليه .

ونعتقد أن أساس حق الفسخ فى الفقه الإسلامى مع أنه لم يرد كنظرية عامة كما قدمنا ؛ هو فكرة المعاوضة المعتبرة شرعا إذ يشترط فيها أن تؤدى إلى التوازن فى مضمون العقد وهذا التوازن لا تقتصر مراعاة الشارع له على لحظة انعقاد العقد بل يمتد إشراف الشارع عليه حتى تنفيذ العقد فاذا اختلت المعاوضة بخطأ العاقد كان لمن اختلت المعاوضة فى جانبه حق طلب الفسخ، وقد رأينا ذلك مطبقا فى حالة الإيجار وفى حالة البيع وفى حالة الإخلال الكلى أو الجزئى بتنفيذ الالتزام، ويتشابه مانقوله مع ما أسلفناه من أن البعض فى فرنسا يرى أن طبيعة العقود التبادلية من شأنها أن توجد تعادلا فى الالتزامات ، وان ذلك هو أساس حق الفسخ ، ولا يختلف ذلك عن قولنا ان المعاوضة المعتبرة من الشارع تشترط عند انعقاد العقد وتستمر حتى تنفيذه وهى تؤدى كما أراد الشارع إلى إيجاد التوازن فى مضمون العقد الملزم للجانبين .

الباب الثاني

تطبيق السبب على العقود

غير اللازمة

تمهيد :

ذكرنا من قبل أننا اخترنا عند تطبيق فكرة السبب أن نقسم العقود إلى قسمين العقود اللازمة والعقود غير اللازمة — والعقود اللازمة هي التي لا تقبل الفسخ إلا بالتراضي من الطرفين أو بحكم القاضي — أما العقود غير اللازمة فإنها تنقسم إلى عقود تلزم أحد طرفي العقد ولكنها لا تلزم الطرف الآخر فيه ومثال ذلك الكفالة فهي تلزم الكفيل ولا تلزم المكفول له ، والرهن فإنه يلزم الراهن ولا يلزم المرتهن — وإلى عقود لا تلزم طرفيها فلكل منهما أن يستقل بفسخ العقد بإرادته ومثال ذلك من عقود التبرع العارية ومن غيرها الوكالة فلكل من الوكيل والموكل أن يستقل بفسخها .

والعقود التي يمكن لكل طرف من أطرافها أن يستقل بفسخها ومثالها عقود التبرع في الجملة ، هي عقود وتصرفات تأتي في المرتبة والأهمية بعد عقود المعاوضات بل أنها توضع في مقابلتها عند تقسيم العقود إلى عقود معاوضات وعقود تبرعات ، وفضلا عن ذلك فهي عقود رضائية يكفي الرضا لانعقادها ، وقد يلزم في بعض العقود القبض ، وإذا نحن أخرجنا العقود التي لا تلزم طرفيها اقتصر البحث عن عقود هامة في العمل هي بعض عقود التبرع ، ولذلك رأينا أن نبحثها بوصفها من عقود التبرع بغض النظر عن درجة لزومها ، وفضلا عن

أهميتها فإن الخلاف فى اللزوم لأحد العاقدين أو لكليهما يجعل تناولها بوصف أنها من عقود التبرع أدق ، حتى نبتعد عن مواطن الخلاف فى صفة اللزوم ووقته وهى لا أثر لها فى موضوع البحث ما دام العقد نفسه غير لازم سواء كان تبرعا أو من عقود التوثيق ، لذلك رأينا أن نقسم الباب إلى فصلين نبحث فى أولها عقود التبرع فنعرض للهبة والوصية والقرض والعارية ، ونبحث فى ثانيهما من عقود الاستيثاق الرهن والكفالة .

وهذا التقسيم بطبيعة الحال لا يجمع كل العقود غير اللازمة — كما أنه لا يجمع كل مايعد تبرعا أو ما يعدمن عقودالتوثيق وغيرهامن العقودغير اللازمة غير أننا آثرنا هذا التقسيم لأنه أكثر فائدة من الناحية العملية وأكثر تمشيا مع موضوع السبب الذى نبحثه فإن السبب يبحث دائما فى عقود التبرعات فى مقابلة بحثه فى عقود المعاوضات — أما عقود الاستيثاق فإن القانون يدخلها جميعاً فى العقود الرضائية وهى ترتب التزامات متبادلة فى الغالب ولا يعرف القانون تقسيم العقد إلى عقد لازم وعقد غير لازم — ولذلك رأينا أن نبحث هذه العقود تحت هذا الباب لأنها أليق به فى الفقه الاسلامى، ومن ناحية أخرى لأنها تختلف عن عقود المعاوضات سواء فى الفقه الإسلامى أو فى القانون من ناحية هامة وهى أن التوازن أو التكافؤ بين التزامات العاقدين فيها ليس له تلك الأهمية التى نراها فى عقود المعاوضات . وإن كان تقسيم العقود فى القانون إلى عقود تبادلية وعقود منفردة يكاد يتشابه مع تقسيم العقود إلى عقود لازمة وعقود غير لازمة فى الفقه الإسلامى من هذه الناحية .

الفصل الأول

عقود التبرع

تعتبر عقود التبرع دائماً فى مقابلة عقود المعاوضة فى تقسيمات العقود، ولذلك كان منطقياً ألا يكون للسبب فيها دور مماثل للسبب فى عقود المعاوضة ، لأن هناك ما يميز العقود الأخيرة فيجعل للسبب وظيفة أخرى أشرنا لها فيما سبق وهى حماية العاقد ، وهذه الحماية لا داعى لها فى جانب من يتجرد من ماله بغير مقابل يطلبه ، ولذلك فإن دور السبب يقتصر فى هذه العقود على الحماية الاجتماعية أو بمعنى آخر يجب أن يستهدف عقد التبرع غرضاً مشروعاً فلا تكون الغاية منه بحيث تؤذى أغراض الشارع ومقاصده .

فالشرط الوحيد فى إنفاذ هذه العقود فى الفقه الإسلامى وفى تحقق آثارها هو خلوها مما يؤذى أغراض الشارع ، وليس الأمر هنا كما رأينا فى بحث نظرية السبب فى الفقه التقليدى الفرنسى من أن السبب فى عقود التبرع هو نية التبرع ، لأننا فى مجال هذه العقود لا نبحث سبب الالتزام الذى يحمل العاقد عليه ، لأنه لا وجه فى الفقه الإسلامى إلى حمل العاقد فى عقد التبرع على التزامه وذلك ناشىء أساساً من وصف العقد بأنه غير لازم . فنية التبرع إذا سلمت سبباً فى القانون فهى لا تصلح فى الفقه الإسلامى[1] ، ويجب علينا أن نبحث عن السبب فى مجال النظرية الحديثة فى السبب أى نبحث عن السبب بمعنى

---

(١) فنية التبرع لا تحمل الإجابة على السؤال لم التزم المدين (فى الهبة) لأن الواهب يستطيع الرجوع فى الهبة .

الباعث على التصرف الذى يعد تبرعاً ونتناول الهبة ثم الوصية ثم القرض وأخيراً العارية ـ فنتناول بإيجاز انعقاد كل منها ـ ثم الغاية المشروعة منه .

أولا — الهبة

إنعقادها :

الهبة ركنها الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب ، والقبول من الموهوب له ليس بركن استحسانا ، والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر ، وجه القياس أن الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا ، ووجه الاستحسان أن الهبة فى الفقه عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول ، والقبول والقبض لثبوت الحكم لا لوجودها فإذا أوجب ترتب الحكم[1] وتصح الهبة بالإيجاب والقبول والقبض ، والأولان لأنها عقد ، وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك[2] أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » .

الرجوع فيها :

ومتى تمت الهبة بالقبض أصبحت لازمة إلا أنه يجوز الرجوع فى الهبة واسترداد الموهوب (من الواهب) مالم يكن هناك مانع يمنع من الرجوع ، وقال الشافعى رحمه الله لا رجوع فى الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع

---

(١) البدائع جـ ١ ص ١١٥ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ١٦٤ ولأن عقد التبرع ضعيف فى نفسه فلا يكون لازماً — راجع المبسوط جـ ١٢ ص ٤٨ .

الواهب فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ، ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده[1] ، ومع كل فإن الرجوع فى الهبة أمر مكروه وذلك مما يتفق فيه المذهب الحنفى مع المذهب الشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم « الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه[2] » .

ويمتنع الرجوع فى الهبة إذا عوض الموهوب له الواهب شيئاً عن هبته أو إذا كانت الهبة لذى رحم محرم أو لزوج ، وكذلك يمتنع الرجوع إذا زادت الهبة زيادة متصلة فى يد الموهوب له أو هلك الشىء الموهوب أو تغير من جنس إلى آخر أو خرج الشىء الموهوب من ملك الموهوب له بأى سبب كان ، وكذلك يمتنع الرجوع بموت الواهب أو الموهوب له .

على أن مسألة الرجوع فى الهبة يشوبها الخلاف ، فمن الفقهاء من منع الرجوع أصلا ، واحتج بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن استثنى الأبوين احتج بحديثه عليه السلام « لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » وقاس الأم على الوالد فأجاز لها الرجوع أخذاً بالحديث .

كذلك استثنى البعض من الرجوع فى الهبة ما يكون موهوباً إلى ذوى الرحم المحرم، وأباحوا الرجوع فى الهبة إذا كان لغيرهم واحتجوا فى شأن الأولين بقول لعمر بن الخطاب رواه مالك[3] .

والهدية والصدقة نوعان من الهبة ويجوز الرجوع فى الهدية فى الحالات التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة[4] ، كما فى حالة هدايا الخاطب لخطيبته ،

---

(١) والحنفية وهم يرون الرجوع يستندون للحديث الشريف « الواهب أحق بهبته مالم يعوض عنها » ولأن المقصود بالعقد هو التعويض عادة .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ١٦٤ — ١٦٥ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٢٧ .

(٤) التزام التبرعات مقال للأستاذ أحمد إبراهيم بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣ .

أما الصدقة فهي هبة لوجه الله ولايجوز الرجوع فيها ، والهدية والصدقة كلاهما يتم بالقبض .

ويلاحظ فى الأحوال التى يجوز فيها الرجوع فى الهبة أنها يحتاط فيها حتى لايضار الموهوب له فى ذمته عند تنفيذ الرجوع ، ومعنى ذلك أن التكافؤ يكون مطلوبًا إذا تعين الرجوع ، فتعاد كل ذمة إلى حالها قبل الهبة بحيث لا تزداد ذمة الواهب عند استرجاعه ما وهبه ولا تنقص ذمة الموهوب له بسبب الرجوع [١] .

كما نلاحظ من ناحية أخرى أن من حالات الرجوع ما يفيد أن الواهب ينتظر العوض رغم أنه يهب ، وقد ذكر ذلك صراحة كما أشرنا فى الفقه الحنفى إذ يقرر أن العادة قد جرت بذلك [٢] على أننا نستطيع هنا أن نضع فى العوض كل ماله قيمة مادية أو أدبية كالثواب أو الثناء ، وهذا العوض حتى إذا تحقق بين الطرفين فليس هناك قواعد تحكمه لأن التكافؤ فيه غير مطلوب من الشارع أو من العاقد ولا يمكن التعرف عليه .

السبب فى الهبة :

وقد ورد فى بعض كتب الفروع ما يشير إلى أن سبب الهبة هو الرغبة فى اكتساب المديح والثناء أو حتى الطمع فى المكافأة والمجازاة عرفًا وعادة [٣] .

ولكن ذلك لا علاقة له بسبب الالتزام الذى نبحث عنه ، ويؤكد ذلك أن الهبة يقصد بها نفع الواهب فى الفقه الإسلامى بينما يجرى القانون الوضعى

(١) مختار القاضى — نظرية السبب ص ٢٢٢ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ١٦٤ .

(٣) البدائع جـ ٦ ص ١٢٨ .

على أن الهبة مقررة لنفع الموهوب له ، وفى ذلك ما يكشف عن الروح المختلفة التى أملت هذا الحكم — فى الشرائع الوضعية والشريعة الإسلامية [(١)] ، ولا يشترط على ذلك إلا أن تكون الغاية من الهبة مشروعة فلا يؤدى تنفيذها إلى إيذاء أغراض الشارع ، فالهبة قد شرعت لتقوية أواصر المحبة بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا» وقوله عليه السلام «من أسدى إليكم معروفا فكافئوه» فإذا خرج الواهب عن أغراض الهبة التى حضت عليها الشريعة إلى غرض آخر واتخذها الواهب وسيلة للمحظور بطلت الهبة ، ومثال ذلك الهدية (الهبة) للقاضى فإنها مظنة الجور ، إذا لم تكن تجرى العادة بين المهدى والقاضى بالهدية[(٢)] .

وكذلك يبطل الفقه الإسلامى هدية المقترض إلى المقرض قبل الأداء لأن الباعث عليها قد يكون الربا — وكذلك هدية العمال إلى الأمراء (وهم الذين يعملون فى جمع الصدقات أو الزكاة فيهدون إلى الحكام) فإن هذه الهدية مظنة الإغضاء عن تقصير العامل أو ظلمه للناس ، والهدية لعامل الزكاة لا تجوز وقد ورد فيها الحديث الشريف فى النهى على عامل الزكاة الذى يدعى أن الناس أهدوا إليه شيئاً فلا يسلمه ضمن ما يجمعه «ما بال الرجل نستعمله على شىء مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى إلى فهلا قعد فى بيت أبيه أو فى بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا» — وهو إنكار صريح لأن يكون العطاء لعامل الزكاة هدية .

وكذلك تبطل الهبة لمن يشفع فى شفاعة عند السلطان ، وقد ذكر رسول صلى الله عليه وسلم أن تلك الهدية تعد بابا عظيما من أبواب الربا[(٣)] ، وذلك

---

(١) راجع وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة ص ٧١٠ .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣٢٢ .

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٢٢ ونلاحظ أن بعض الأمثلة قد يختلط فيها السبب بالمحل كالمثال الأخير لأنه إذا كان النصح للسلطان واجبا فلا يكون فى مقابله عوض .

لأن النصح للسلطان من المصالح العامة ، وكذلك إيصال الحقوق لأصحابها فلا ينبغى أن يتوصل إليها (بالهدية) — إذ هى الرشوة فى حقيقتها .

والنية تدخل فى العقود كلها طبقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها — فتدخل فى الهبة إذا نوى بها ما لو صرح به بطل[1] .

وقد تكون الهبة ذات باعث مشروع ولا يمكن وصفه بالفساد ومع ذلك تكون منافية لأغراض الشارع فى أمر من الأمور — فالهبة من الأب لولده لا يمكن أن توصف بأن باعثها غير مشروع ، ولكنها تؤدى غالبا إذا كان هناك أبناء آخرون لم يهبهم الوالد نفسه شيئاً — إلى إيغار الصدر ، ولذلك فإن الهبة فى هذه الحالة لا تكون موافقة لأغراض الشارع بالرغم من نية الواهب التى لا يمكن أن نصفها إلا بالمشروعية — وهنا نجد النية من الواهب ليست لها نفس الأهمية التى نجدها لغاية الشارع من الهبة وهى إدامة المحبة بين الناس ، فاذا كانت تؤدى فى حالة معينه إلى عكس ذلك لا تصح — وقد وصفها النبى صلى الله عليه وسلم بأنها جور[1] ، وكذلك عند الدعوة إلى وليمة أو طعام لا يجوز قبول الدعوة إذا كان الحفل أو الوليمة لباعث فاسد فى نفس الداعى كالرغبة فى المباهاة أو كان الباعث غير مشروع كما لو أقام وليمة القاضى ليحول بينه وبين الحكم بالحق[2] .

والمعول عليه أنه لا ثواب إلا بالنية وهى توجه القلب نحو إيجاد فعل أو تركه موافق لجلب نفع أو دفع ضرر حالا أو مآلا[3] — على أن حكم

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩ .

(٢) فى حديث بشير بن سعد الساعدى — المزنى جـ٣ ص١٢٢ مطبوع مع الأم، ويراجع الفقه على المذاهب الأربعة جـ٢ ص ٤٣ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ٢٢ .

الأعمال قد يكون دنيويا أو أخرويا — والمتفق عليه فى قاعدة الأعمال بالنيات هو الحكم الأخروى — ويراعى حكم العادة فيما تقدم، ومن ذلك قبول القاضى الهدية لمن له عادة الإهداء إليه قبل توليته بشرط ألا يزيد على العادة فإن زاد على العادة رد لزائد[1] . وقد حكى عن الإمام مالك أن السلطان لا يكافىء ولا يكافأ[2] ، وكذلك تعتبر البواعث التى تدفع إلى الهبة والغاية منها ، فاذا دفع شخص مالا لابن سبيل ليتحمل به فلم يفعل يرده لأن الغاية من الهبة لم تتحقق[3] .

والهبة إذا لابسها غرض يؤدى إلى الممنوع بطلت فلا يحل لمن أقرض مالا أن يقبل هدية أو طعاما إذا علم بغرض المهدى ، ويكره لذى الدين أن يقبل ذلك حتى ولو صحت نية المدين ، إذا كان الدائن ممن يقتدى بهم لئلا يكون قبوله ذريعة لاستجازة ذلك[4] من غيره من الناس .

وهدية الأب أو الجد كما ذكرنا لاشبهة فى شرعية الباعث عليها من أحدهما ، ولكن جاء فى الفتاوى الكبرى أن هبة الأب أو الجد لبعض أولاده دون البعض الآخر تكره تنزيها لأنها تؤدى إلى العقوق ، وقال ابن الرفعة محل الكراهة أن تستوى حاجتهم فان اختلفت جاز[5] ، وهذا الرأى أليق بالمصلحة والعدل ، وكذلك إذا كانت الهبة التى يهبها إنسان لآخر

---

(١) المرجع السابق ص ١٢٨ ولا يظهر وجه لرد الزيادة فالهدية إما أن تقبل أو لا تقبل ولا وجه للتجزئة فى الحكم بالرد .

(٢) الحطاب ج ٦ ص ٦٨ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٠ .

(٤) المرجع السابق ويلاحظ هنا أن نية المدين لا وزن لها فى الحكم وأن علم الدائن ليس هو المناط فى الحكم وحده بل إذا جرى ذلك العمل على وجه الإجازة يبطل .

(٥) الفتاوى الكبرى لابن حجر المكى ج ٣ ص ٣٦٣ ، وترد الهدية للابن إذا لم يعط غيره سنن المصطفى ج ٢ ص ٦٧ — ٦٨ .

ليست بقصد الهبة وإنما اتقاء لشر ذلك الإنسان ، والمناط فى ذلك هو القرائن فإذا كانت القرائن تفيد أن الهبة كانت بقصد الهبة صحت وإلا بطلت كهبة[1] وكذلك عطايا الملوك الذين يأخذون أموال الناس غصباً والغالب على ما تحت أيديهم الحرام ، فقد اختلف الرأى فيها حتى عند السلف الصالح كما يقول صاحب الفتاوى الكبرى فمنهم من أباحها ومنهم من منعها[2] .

وتحريم الهدية للمقرض أو الهدية لذى جاه[3] يهدف إلى منع الوصول إلى غاية غير مشروعة ، وهى الوصول إلى الربا سواء كان الربا بذاته أو إلى ما يشبه الربا وكذلك تحريم الهدية للقاضى إن لم يتقدم مثلها ، وفى الحقيقة أن هذا الحكم الذى ذكرته معظم كتب المذاهب لا يخلو من نقد[4] والأولى أن يكون التحريم أو الإباحة فى الهبة للقاضى بحسب ما إذا كان المهدى له مصلحة فى الإهداء — حتى ولو كانت محتملة — أم ليس له مصلحة فى ذلك وقد يعتبر الإهداء السابق قرينة على عدم وجود المصلحة .

وعموما فان ما تؤدى إليه الهبة هو مايهم عند النظر فى مشروعيتها وقد بينا أن نية الواهب بذاتها لا يرجع إليها وحدها فى الحكم — فقد رأينا أنه لا يجوز للمقترض أن يقبل هدية المدين حتى لا يكون ذلك ذريعة للربا ، وكذلك الهدية للقاضى ، وأوضح مثل على ذلك الهبة لابن دون آخر فنية الواهب لا يمكن أن تكون بذاتها غير مشروعة ولكن تؤدى هذه الهبة غالباً للعقوق ولذلك تكره بحسب ما تؤدى إليه لا بحسب نية الواهب .

---

(١) الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ٣٦٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ وهنا يكون غرض السلطان هو الاستمالة بمال لا يحل له ولا لغيره وهو هدف غير مشروع ويؤدى لغاية لا يؤيدها الشارع .

(٣) حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) الأشباه والنظائر ج ١ ص ١٢٨ ومواهب الجليل الحطاب ج ٥ ص ٣٦٣ .

وكل ما ذكرناه فى الهبة التى لا يعوض عنها، أما الهبة التى يكون فيها عوض فإن الحكم فيها يختلف فلا يكون المناط فيها الغاية من العقد فحسب بل قد يكون العوض منظوراً إليه لوجود المبادلة فى الهبة .

وقد اختلف فى شأن هبة الأب لابنه السفيه وذلك لقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ويلاحظ أن السفه فى هؤلاء ليس صفة ذم ولا يفيد معنى العصيان لله تعالى، وإنما سموا كذلك لخفة عقولهم وعجزهم عن تدبير أمر المال الذى يوكل إليهم[1] غير أن الرأى السليم هو جواز الهبة للابن السفيه ، واستدل الجصاص فى أحكام القرآن بأمرين أولهما أن بشير وهب ابنه النعمان فلم يمنعه النبى صلى الله عليه وسلم وثانيهما وهو الأهم والأقرب إلى المنطق أن المنع هو بمعنى جعل الأموال فى أيدى السفهاء وليس بمعنى منع الهبة للتمليك[2] وعلى ذلك فإن الهبة باعتبارها تصرفا لاوجه لإبطالها أيا كان متلقيها سفيهاً أوصغيرا وإنما تدفع إلى من يلى عليه ويحفظ ماله ولا يضيعه ، والغرض من كل ذلك ألا تؤدى هبة المال ودفعه إلى من لا يحسن التصرف فيه إلى ضياع المال من صاحبه وممن أريد انتفاعه به وهى غاية لا يرضاها الشارع ، ولا يجوّز عملا يؤدى إليها غالباً ، وهنا لا نرى أثراً لنية الواهب أو الموهوب له بل يرتبط الحكم بعنصر موضوعى هو أن هبة المال للصغير أو السفيه من شأنه غالبا ضياع المال على واهبه ومستوهبه ، وكذلك لا تجوز الهدية من المشركين لقائد جيش المسلمين حتى لا يؤدى ذلك إذا اختص بها إلى الظن به أو إضعافه أمامهم ، وكذلك الهدية لمن يشفع عند السلطان[3] لأن ذلك من المصالح العامة التى لا يتقاضى عنها الناس أجراً ولأن ذلك يؤدى إلى ذيوع الرشا ـ وكلها غايات حرمها الشارع .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٢ .
(٢) المرجع السابق ص ٧٣ .
(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٢٢ .

ثانيا : الوصية

انعقادها :

الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى مابعد الموت ، وهى تتم بالإيجاب وحده أما القبول فوقته بعد الموت فحسب ، وهو لازم فقط لدخول الموصى به فى ملك الموصى[1] ـ والقول بأن الموصى له يملك دون القبول مبناه أن الوصية أخت الميراث فى أن كلا منهما خلافة فكما أن الإرث يثبت فى الشيء دون قبول فكذلك الوصية ـ أما حجة الرأى الآخر فهى أن الوصية إثبات ملك جديد ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله .

والوصية عقد غير لازم من جهة الموصى قبل وفاته ، فله أن يرجع فى الوصية ويتم الرجوع بإرادته دون قبول من أحد لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه يحتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهو فى التبرع أولى كما فى الهبة والصدقة[2] فإذا مات الموصى انقلبت الوصية لازمة فى حق الورثة مادام الموصى قد مات مصراً عليها ولم يرجع فيها ، وتنفذ فى ثلث ماله دون حاجة إلى إجازة الورثة ، وتصبح الوصية لازمة بالنسبة للورثة لأنه ليس لهم حق الرجوع فيها وهو الحق الذى كان للمورث ولم يستعمله .

وبذلك تكون الوصية عقدا غير لازم من جهة الموصى ولا يلزم التصرف إلا بعد الوفاة وينفذ من التركة فى الثلث دون حاجة إلى إجازة من الورثة ، وينفذ فى أكثر من الثلث إذا هم أجازوه .

---

(١) وعند زفر يملك الموصى له الموصى به دون القبول وهو أحد قولى الشافعى الهداية جـ ٤ ص ١٧٢ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٣٧٨ .

الغاية من الوصية :

والوصية شرعت أصلا لكى يتلافى الإنسان بعض ما فرط فيه من واجبات سواء نحو الخالق أو نحو الخلق — فيكون له بالوصية أن يتصدق ببعض ماله بعد وفاته تعويضاً لما فاته — وفى الحديث يقول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم » .

ولكن إذا تمحضت الوصية عن معصية أو مخالفة لأوامر الشارع فإنها لا تصح — وتكون الوصية غير مشروعة إذا هى أعانت على المعصية أو كان الغالب فيها أن تؤدى إلى ذلك — أو تمحضت تماماً لمعصية — فالقياس هنا ليس النية فحسب ولكن ألا تؤدى الوصية إلى إيذاء أغراض الشارع ، فالوصية من المسلم لأهل الحرب باطلة — لأن فيها إعانة لهم بتكثير مالهم وزيادة قوتهم — لقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين »[1] وقد يستعمل المال فى شراء السلاح — وكذلك الوصية من المسلم للنائحات عليه ، لأن ذلك معصية إلا أن يكون من المسلم أو الذمى لقوم بأعيانهم فيصبح تمليكا واستخلافا — ويقول صاحب الهداية « وصاحب الهوى وإن كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر »[2] .

ومن أمثلة المقاصد التى تخالف أغراض الشارع فى الوصية أن يوصى بمبلغ معين كأجر للنائحة عليه أو أن يشترط للوصية شرطا يجعل الموصى له فى حال من

---

(١) الشلبى على الزيلعى جـ ٦ ص ١٨٤ — العناية جـ ٤ ص ١٨١ .
(٢) الهداية جـ ٤ ص ١٨١ .

المنكر للنهى عنه ومثال ذلك الوصية للخليلة إذا كان يقصد من ذلك استدامة الحال فى المعاشرة غير المشروعة ـ أما إذا كان يقصد صيانتها من الابتذال فلا تبطل الوصية[١] .

فالوصية لأهل الحرب باطلة[٢] ، لأن فيها إعانة لهم بتكثير مالهم الذى قد يستخدم فى محاربة المسلمين إذ أن سبب الوصية هو طلب الزلفى فى العقبى[٣]

والوصية بالمعصية باطلة ، فوصية الذمى ببناء كنيسة لا تصح ولو كانت قربة لديه — غير أن الامام أبى حنيفة صحح هذه الوصية على أننا أمرنا بتركهم وما يدينون[٤] — فوصية الذمى لا تخرج عن حال من ثلاث جائز بالاتفاق وهو ما يكون الايصاء فيه قربة لدى الذمى ولدينا وباطل بالاتفاق وهو ما لم يكن قربة عندنا أو عندهم أو ما كان قربة عندنا وليس كذلك عندهم — كوصية الذمى ببناء مسجد أو الانفاق على قراءة القرآن وذلك فى نظرى سديد لأن الوصية بما يعد قربة فى الاسلام ومعصية فى نظر مخالفه يجعل الشك فى بواعث هذه الوصية ظاهراً .

أما المختلف فيه فهو وصية الذمى بما يعد قربة عندهم وليس بقربة عندنا[٥]

---

(١) شرح قانون الوصية — محمد أبو زهرة — ص ٤٨ ، سلام مدكور فى أحكام الوصية والوقف ط ٦٩ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ فى الوصية المحرمة إما لذاتها أو للغرض منها كان يكون الباعث عليها محرما كان يوصى لفاسق لإعانته على الفسق أو يوصى قاصدا الإضرار بالورثة وتكون مكروهة إذا كانت لفاسق ولم يقصد بها إعانته على الفسق لاحتمال ذلك — ويلاحظ هنا أن حكم كراهية الوصية لم يترتب على الباعث لانه فى ذاته مشروع .

(٢) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير جـ ٨ ٤٢٦ .

(٣) المرجع السابق ص ٤١٧ ويلاحظ أن كلمة سبب لا صلة لها بسبب الالتزام الذى نبحثه وقد سبق بيان ذلك ص ٢١٣ .

(٤) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٠٥ .

(٥) المرجع السابق .

وقد أطلق البعض فى شأن وصية الذمى للمسلم أو العكس فأجاز كليهما[1] .

وظاهر هنا أن الفقهاء لا يتحدثون عن نية التبرع من الموصى لأنها لاتفيد بذاتها شيئاً فنية التبرع دائما مشروعة وقد قيل ذلك بحق فى القانون الوضعى — ولذلك فإن الغاية التى تؤدى إليها الوصية غالبا هى المناط فى الحكم عليها بالصحة أو البطلان فلا تكون مشروعة إذا كانت تؤدى إلى غاية لا يعتد بها الشرع بغض النظر عن نية التبرع .

والأمر يسير إذا كانت الوصية قد تمحضت لمعصية فالوصية تبطل ، كما إذا أوصى بمال لينفق على حانة خمور أو إذا كانت الوصية تستلزم ما نهى عنه الشارع كان يوصى ببعض ماله لابنه المستهتر أو يكون الموصى له جهة معصية[2] .

غير أن الأمر يدق إذا كانت الوصية مثلا لسيدة لا تربطها بالموصى قرابة محرمة أو اشتبه أمر هذه العلاقة — فقد رأى البعض أنها تبطل إذا كانت تهدف إلى استدامة حال غير مشروع ، ولا تبطل إذا كانت تهدف إلى تغيير هذا الحال[3] ومقتضى ما تقدم هو البحث عن النية وقصد الموصى — ولذلك رد البعض حكم هذه المسألة إلى أصلها « ورد ذلك إلى النزعة التى تأخذ بالنيات والتى لا تأخذ بها فى الفقه الإسلامى »[4] ، وهذا هو المعيار الحقيقى ، ذلك أننا نجد الحكم يترتب فى بعض المذاهب على النية دون بحث فى كيفية الوصول

---

(١) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ الطبعة الثانية ص ٢٨٥ .

(٢) الوصايا فى الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٣٠٦ ، أحكام الوصية والوقف ط ٦٩ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

(٣) شرح قانون الوصية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٨ .

(٤) الوصايا فى الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٣٣٣

إليها وفى بعض المذاهب على ما يظهر من العقد أو القرائن — وهو الاتجاه الذى نؤيده — ذلك أن الرجوع إلى معيار موضوعى يغنى من البحث فى النيات ، فإذا كانت الوصية بحيث تؤدى غالبا إلى إيذاء أغراض الشارع وإلى المحظور بطلت وإلا صحت — وقد أجاز الإمام أحمد بن حنبل الوصية للحربى إذا كان فى دار الحرب[1] — وأطلق المذهب الحنفى المنع لأن فى هذه الوصية إعانة على محاربة المسلمين[2] ، وفى كلا المذهبين لم يبحث أحد نية الموصى كما أكدنا من قبل، وإنما الغاية التى تؤدى إليها الوصية ، فقد رأى المذهب الحنبلى أنه إذا كان الحربى فى دار الحرب فلا خطر من الوصية إليه . ورأى المذهب الحنفى المنع مطلقاً ، وهو الأولى بالنظر .

وبذلك يستوى فى الحكم أن تكون الوصية متمحضة للمعصية مثل الوصية للهو أو لعب القمار — أو أن تكون الوصية فى ذاتها خيراً مثل الإيصاء لشخص معين بمبلغ من المال ولكن يكون الباعث عليها غير مشروع ، وهنا يتردد النظر بين أمرين أولهما أن الوصية فى هذه الحالة تمليك مباح لمن هو أهل للتمليك ، وثانيهما أن إيذاء مقاصد الشارع أمر محرم ولا يجوز أن تتخذ الوصية وهى وسيلة مباحة مشروعة ذريعة إلى فساد ، ولذلك تبطل الوصية إذا تمحضت للمعصية ، ويبطل الشرط الذى فى الوصية وحده إذا كان يؤدى إلى الفساد كما لو أوصى لشخص على أن يحترف الغناء أو للمرأة على أن تظل بدون زواج ، وقد أبطل الإمام ابن القيم هذا الشرط ونظر إلى مقاصد الشارع عامة[3] .

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٦٠٤ .

(٢) البدائع ج ٣ ص ٣٤١ .

(٣) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٠٧ وقد نصت المادة الثالثة من قانون الوصية على شرط ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع .

والمذهب الحنفي وهو كما رأينا لا يعتد بالبواعث والنوايا إلا إذا كانت ظاهرة في العقد أو كانت القرائن تقطع بوجود الغاية غير المشروعة يصحح الوصية لأهل الفسوق كما لو كان الموصى له مغنيا أو نائحة[1]، غير أن ذلك التصحيح لا ينافي أن تكون الوصية قربة من القربات لأن المعتبر في تصحيحها أنها تمليك مباح لمن هو أهل للتمليك لأن المعتبر في أوامر الله المعنى والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ[2].

وهذا يتمشى مع ما ذكرناه من أن البواعث أو النيات لا يمكن أن يعتد بها الشارع الإسلامي إلا ديانة، أما قضاء فيعتد بمقاصد الشارع وحده وما إذا كان التصرف غالبا يؤدي إلى إيذائها أم لا، والعبرة بالمقياس الموضوعي وليس الاعتماد على النية وحدها فحسب.

والمذهب المالكي سبق أن ذكرنا أنه ينفرد بفكرة خاصة عند النظر إلى العقد الذي يلابسه غرض غير مشروع ولكنه غير ظاهر في العقد فهو يصحح العقد. ولكن يمنع ذلك العقد من إنتاج آثاره، فإذا أوصى رجل يكون في تركته خمر يهرقها الوصي بأمر السلطان[3] ولكن لم يرد في المدونة ما يفيد بطلان الوصية أو الإيصاء وهذا يتمشى مع الفكرة التي ذكرناها من صحة العقد ومنعه من إنتاج آثاره بفعل أو بتصرف، وقد أشرنا إلى ذلك مفصلا عند الكلام على الغاية المشروعة من العقد سواء كان لازما أو غير لازم، وكذلك لا تجوز الوصية للذمي وإن أوصى ذمي إلى مسلم يجوز إلا إذا كان في تركته خمر أو خنزير أو خاف أن يغرم الجزية، وهذا بذاته لا يفيد

(١) ابن عابدين جـ ٥ .
(٢) الأشباه والنظائر جـ ١ ص ٣٢١ .
(٣) المدونة الكبرى جـ ١٤ ص ٣٧ .

بطلان الإيصاء، فقد رأينا أن الحكم هو فى الحالة الأولى إراقة الخمر وهنا لا ينظر المذهب المالكى إلى نية العاقد بقدر ما ينظر إلى الآثار التى تترتب على العقد ويمنعها — حتى مع صحة العقد — إذا كانت تؤدى إلى إيذاء مقاصد الشارع .

ثالثاً : القرض

انعقاده :

القرض فى الفقه الإسلامى عقد غير لازم وقد اختلف فى ركنه ، فقال محمد ركنه الإيجاب والقبول وهى إحدى الروايتين عن أبى يوسف والأخرى أن الركن فى القرض الإيجاب أما القبول فليس بركن ، وجه القول بأن القبول ركن وهو قول محمد أن الواجب فى ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بماله مثل ، فأشبه البيع فكان القبول ركناً فيه كما فى البيع — أما وجه قول أبى يوسف الآخر فهو أن القرض إعارة والقبول ليس بركن فى الإعارة — وللمقرض أن يسترد ما أقرضه إلى المقترض فى أى وقت أراد لأن القرض عقد غير لازم[1] — وللقرض شبهان فهو فى ابتدائه شبيه بالتبرع من ناحية أنه أخرج بعض المال من ملكه بدون عوض فى الحال وهو فى انتهائه شبيه بالمعاوضة من ناحية أنه ينتهى بأداء مثل القرض إلى المقرض ليستوفى مثل ما أخرجه من ملكه[2] .

والقرض لا يفيد الملك إلا بالقبض لشبهه بالتبرع — وذهب أبو يوسف إلى أن المقترض لا يملك القرض بالقبض فحسب بل باستهلاكه أما القبض فيدخله فى ضمانه .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٩٤ .

(٢) أحكام المعاملات للاستاذ الشيخ على الخفيف ص ٢٠١ .

والقرض مشروع بالكتاب والسنة والإجماع — فالكتاب فى قوله تعالى « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » — ومن أفعال الخير الإقراض لأنه يفرج عن المعوزين — وبالسنة فى قوله صلى الله عليه وسلم « من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » والإجماع من تعامل المسلمين به منذ الصدر الأول بغير نكير من أحد، والأجل فى القرض غير لازم كما ذهب إلى ذلك الإمام الشافعى وأحمد ابن حنبل ، ويجوز للمقترض أن يرد القرض فى أى وقت ويجوز للمقرض أن يطالب به رغم الأجل ، ووجه قولهم بعدم لزوم الأجل أن المقرض متبرع لأن القرض تبرع وليس على المحسن من سبيل فإلزامه بالأجل لايجوز وذهب مالك إلى أنه إذا اتفق على الأجل لزم المقرض لعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[1] .

الغاية من القرض :

ويجب أن يكون الباعث على القرض مشروعا إذ أن القرض فى ذاته هو فعل خير ، فلا يجوز أن يؤدى إلى معارضة أوامر الشارع ونواهيه فلا يصح أن يجر إلى منفعة — إذ لا يجوز أن يشترط المقرض رد أكثر مما أخذ بالقرض ـ فالسلف الذى يجر منفعة لا يجوز[2] بل لا تجوز الهدية من المدين إلى الدائن قبل الوفاء إلا إذا كان ذلك متعارفا بينهما[3] وكذلك لو شرط زيادة قدر أو صفة فسد القرض[4] .

---

(١) لم نشأ أن نتوسع فى بحث الأجل فى القرض لأنه يخرج عن موضوع البحث .

(٢) المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٠٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الوجيز للغزالى ج ١ ص ١٥٨ .

على أن المذهب الحنفى — يجيز أن يكون الأداء فى القرض أفضل من الأداء لقوله صلى الله عليه وسلم « خيار الناس أحسنهم قضاء » وذلك إذا لم تكن الزيادة مشروطة فى القرض ، أما اشترط الزيادة فهو حرام بلا خلاف[١] فإذا كان قصد المقرض جر النفع من وراء القرض فإن ذلك القرض يبطل ولا يجوز للمقترض دفع الزيادة ، ولا يحل للمقرض أن يتقاضاها — والواقع أن الباعث الذى يعد غير مشروع فى القرض بصفة عامة فى الفقه الاسلامى هو الرغبة فى جلب منفعة عن طريق القرض — وبقية البواعث الأخرى غير المشروعة تدخل تحت الآية الكريمة « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »[٢].

وقد وضع ابن حزم قاعدة فى القرض الذى يجر منفعة فى شأن هدية المدين وذكر أنه يجوز التهادى بين المدين والدائن إذا لم يكن الدائن قاصداً الحصول على الربا — أما السلف الذى يجر منفعة فليس منهياً عنه عند ابن حزم لأنه إذا كانت الهدية من الغريم أو الضيافة عنده حراماً أو مكروهة ، لما أغفل ذلك النبى صلى الله عليه وسلم — أما وجه جواز السلف الذى يجر منفعة فإن كل سلف يجر منفعة وهذه المنفعة هى ضمان المقرض لماله تلف أو لم يتلف وشكر المقترض[٣].

والغريب أن يعتمد ابن حزم فى تحديد القرض الذى يجر منفعة على نية القرض وهى أمر خفى — كما أن الغريب أن السلف الذى يجر منفعة لا يكون

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٢ ص ٢٠١ — المغنى جـ ٤ ص ٣٦٠ .

(٢) لأن القرض عون لا يجوز أن يوجه إلى ما فيه إثم — غير أن غالب ما أشار إليه الفقهاء هو استخدام القرض كوسيلة للحصول على الربا

(٣) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٧٤ — ٨٦

حراماً إلا ما كان عن الشرط بينهما كما يقول ابن حزم — فقد اعتمد على النية أولا ثم اطرحها ثانياً .

ومن القرض الممنوع حتى لا يؤدى إلى الفساد القرض فى الجوارى — وقد منعه أبو حنيفة والشافعى ومالك — وأجازه ابن حزم مع أن الأئمة الثلاثة وصفوه بالشناعة والبشاعة — وأفاض فى رد حججهم فى المحلى — ومع ذلك فرأى الأئمة الثلاثة أولى بالنظر والاعتبار — وإذا كان القرض تبرعا وإعانة على الخير فلا يجوز أن يؤدى إلى المفسدة — وهى تقع غالبا من جراء هذا النوع من القرض .

وهناك أمر آخر نود أن ننبه إليه ، وهو أن كل مالم يجز بيعه لاشتباه الباعث غير المشروع فى الفقه الحنفى كبيع القرد أو آلات اللهو — لا يجوز إقراضه[1] — لأن الباعث هنا يستخلص من طبيعة المحل ، ولا يجوز إعارته لنفس السبب أخذا بمعيار موضوعى وهو أن الاستعمال المعتاد لمثل هذه الأشياء يمنعه الشارع وهو التلهى بها .

والقرض وهو تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لا يجوز أن يؤدى إلى غاية غير مشروعة ، فقد رأينا الاتفاق على منع هدية المقترض إلى المقرض حتى لا يجر القرض إلى الربا — وهو يكره حتى ولو صحت نية المدين على عدم الربا[2] حتى لا يتخذ ذريعة لتجويز الربا وقد رأينا أن إقراض جارية يمنع لما يؤدى إليه من فساد ولم نر مجيزاً له غير ابن حزم — وهذا القرض ممنوع سواء اشترط المقرض رد عين الجارية أو مثلها ، فلا يجوز كل ذلك إلا إذا حلت للمقترض والمنع هنا من باب منع ما يؤدى الى الفساد .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٤٤ والأمثلة التى فيه عن بيع القرد وآ لات اللهو والخلاف فى شأنها ويلاحظ أن المعيار هنا موضوعى هو الاستعمال الغالب .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣٦٣ ويلاحظ هنا أن النية لا وزن لها فى الحكم على العقد

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٢٢٤

وقد يكون البيع مقصودا به القرض الربوى فلا يكون البيع مقصودا أصلا وإنما القرض الذى يجر ربا وذلك كما فى بيع العينة ، وهنا يغلق الباب أمام الربا الممنوع ولا يحول دون ذلك صورة البيع — وهذه الصورة أن يتفق اثنان على القرض والربا ويدخلان بينهما بيعا صوريا فيبيع المقرض للمقترض عينا بأكثر من الدين الذى يريد إقراضه بمقدار الربا الذى يريده ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع المقترض العين بأقل منه إلى المقرض أو غيره بثمن عاجل وتكون النتيجة أن المقترض تسلم مالا أقل مما يلتزم بالوفاء به للمقرض — وهذا البيع جائز فى المذهب الحنفى وإن كرهه الإمام محمد[1] — والغريب أن بعض الفقهاء منع هذا القرض لعلة هى شبهة الربا ، ولم يشأ أن يمنعه للغرض غير المشروع ، والمذهب المالكى يفرق بين بعض القروض فإذا كان مشترى السلعة يريد بيعها فى نفس وقت شرائها فلا خير فيه[2] ولا ينظر إلى البائع إن كان من أهل العينة أم لا ويلحق ذلك بالمكروه[3] — وأجاز ابن حبيب هذا القرض أو البيع إذا لم يكن هناك تعريض أو مواعدة أو عادة وهى كلها ظروف موضوعية خلاف النية وقد كره الإمام أحمد إقراض بنى آدم ، ويحتمل أنه أراد الإماء دون العبيد[4] وهذا القول يكشف عن الغرض غير المشروع الذى يشوب العقد غالبا فى قرض الجوارى كما أشرنا من قبل فهو يؤدى إلى الخلوة الممنوعة شرعا ، وإذا صار الشىء المقترض غير متقوم ولا يحل الانتفاع به بطل العقد متى كان حكم الإسلام فيه كذلك ، فإذا أقرض ذمى ذميا آخر خمرا ثم أسلما بطل القرض ولم يجب على المقترض شىء[5] .

---

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٧

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٤٠٤

(٣) المرجع السابق — ويلاحظ أن المقترض إذا باع السلعة التى اشتراها فورا إلى المقرض فلا ينظر إلى نية البائع أو المشترى لأن ذلك يؤدى غالبا إلى الربا .

(٤) المغنى ج ٤ ص ٣١٧ . (٥) المرجع السابق ص ٣٢٥ .

والقاعدة التى تحكم القرض من حيث غايته المشروعة هى التى تحكم العقود كلها سواء كانت لازمة أو غير لازمة ـ وهنا نرى الاعتداد بالغاية من العقد وليس بنية المتعاقد فهى ليست المناط كما نرى فى كتب الفقه ، إذ تبنى أحكام المشروعية على ما يؤدى إليه العقد غالبا دون أن يفرق الفقهاء بين العاقد الذى تتجه نيته أو يهدف إلى الوصول إلى المحرم وبين من لايهدف إلى ذلك فالعبرة هى بما يؤدى إليه العقد ، فاقتراض الجارية يؤدى إلى الخلوة الممنوعة أو لأكثر منها فلا يصح بغض النظر عن نية المقترض أو القرض والهدية القاضى أو لأمير الجيش من المشركين لاتصح ، لأن ذلك يؤدى غالبا إلى غاية ممنوعة من الشارع — ونجد فى كتب الفقه الإسلامى فارقا هاما عند بحث مشروعية العقد — بينها وبين القانون الوضعى إذ تتجه آراء الفقهاء إلى البحث عن الغاية من العقد وما يؤدى إليه العقد غالبا أما فى القانون الوضعى فإن بحث الفقهاء يبدأ بالباعث غير المشروع أو قصد العاقد من العقد ويدور الحكم ترتيبا على الباعث أو القصد.

رابعا – العارية

انعقادها :

العارية هى تمليك المنفعة مجانا حال حياة المالك ـ وهى نوع إحسان ـ ويقول الكرخى هى إباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظ الإباحة[1].

وركن العارية الإيجاب من المعير والقبول من المستعير وتنعقد بكل لفظ

---

(١) المغنى ج ٤ ص ٣١٧ .

يفيدها أو بالفعل إذا دلت القرائن عليه ـ ولا تتم العارية ولا يترتب عليها أثرها إلا بالقبض[١] ـ والشافعية والحنابلة على أن العارية لا تفيد تمليك المنفعة مجانا وإنما تفيد إباحة فقط ـ وهو كما ذكرنا رأى الكرخى من الحنفية ـ والعارية عقد غير لازم من الجانبين فيجوز لكل من الطرفين فسخ العقد دون رضا الآخر سواء استوفى المستعير المنفعة أم لا ، ويجوز للأخير أن يرد الشىء المعار فى أى وقت[٢].

ويجوز إعارة كل ما تجوز إجارته ـ أى ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه منقولا كان أم عقارا .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه لاتجوز إعارة آلات اللهو والغناء لأن الغرض منها فى الغالب هو التلهى وهو ممنوع ـ ولا يجوز إعارة الجارية كما سبق القول فى القرض ـ وكذلك لايجوز إعارة السلاح لأهل الفتنة أو أهل الحرب أو إعارة دار لبيع الخمر فيها لأن فى ذلك كله إعانة على المعصية فلا يجوز وقد ورد المنع فى هذا كله فى أبواب البيع والإيجار فى الفقه وهو يمتد حتما إلى العارية لأن المقصود هنا أمر عام هو الغاية غير المشروعة وهى ذاتها فى العقد اللازم أو غير اللازم[٣].

كذلك لايجوز العارية إذا كانت تؤدى إلى محرم ـ فلا تستعار الجوارى

---

(١) غير أن المالكية يرون أنها تلزم بمجرد القول إذا قيدت بمدة — كما أنهم يرون فى الهبة أنها تترتب عليها آثارها بمجرد الصيغة ويكون للموهوب له أن يطالب الواهب بتسليم العين الموهوبة .

(٢) غير أنه إذا ترتب على طلب المعير ضرر بالمستعير وكانت الإعارة مقيدة بمدة كالأرض للزراعة لم يجز للمعير طلبها إذا كان الزرع لم ينضج وكان الضرر من الرد .

(٣) تراجع الأمثلة فى المغنى جـ ٤ ص ٢٨٤ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٩٧ — الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٣٢٢ .

للاستمتاع ولا يعار كافر عبدا مسلما كما يكره استخدام الإماء إلا لمحرم[١].

وهذا الحكم لايختلف فيه المالكية عن المذهب الذى يتخذونه بالنسبة للعقد الذى تلابسه نية غيرمشروعة فالعقد صحيح ، ولكن يمنع من تحقيق آثاره التى تؤذى أغراض الشارع ويكون ذلك باخراج الجارية من تحت يد المستعير، وقد صرحت بعض كتب المالكية بأن العقد صحيح[٢] ولكن العارية تبطل إذا قصد المعير إعارة الجارية لنفس المستعير بحيث لايصح إخراجها بإجارة مثلا لأن ذلك يؤدى الى الممنوع وهو الخلوة ـ وبعض الفقهاء رأى منع العارية فى هذه الحالة اعتبارا بظروف العقد فمنع اعارة الجارية المشتهاة لخدمة أجنبي[٣].

السبب فى عقود التبرع :

إذا كان السبب فى عقد المعاوضة هو المعاوضة المعتبرة من الشارع والتى يشترط فيها التكافؤ فى التزامات وحقوق العاقدين والغاية المشروعة من المبادلة فإن السبب فى عقود التبرعات لا يحتاج إلى التكافؤ فى آثار العقد ، وإنما يكون السبب هو الغاية المشروعة من التصرف ، وقد رأينا أنه فى عقود الهبة والوصية والقرض[٤] والعارية . أن هذه العقود لا تلزم عاقديها أو تلزم أحد العاقدين فحسب بمعنى أن كلا منهما أو أحدهما يستطيع التحلل من العقد بإرادته ، ولذلك فإن السبب هنا لا يؤدى إلا إلى حماية أغراض الشارع فقط دون أن يمتد دوره

---

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٢٦٩

(٢) حاشية الدسوقى على الدردير جـ ٣ ص ٤٣٦ .

(٣) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ٩٩ وكذلك منع إعارة آلة اللهو .

(٤) القرض يعد من التبرعات ويعد من المعاوضات وقد بحثناه فى القسم الأول باعتبار مآله عند بحث الربا وبحثناه فى هذا القسم باعتباره تبرعا ويراجع فى ذلك المدخل للفقه الإسلامى الدكتور سلام مذكور ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ .

كما فى عقود المعاوضة إلى حماية العاقد نفسه غير أننا نجد خلافاً بين الغاية المشروعة من التصرف ، وبين الباعث كسبب للالتزام فى النظرية الحديثة للسبب .

فالباعث قد يكون مشروعاً ولكن الغاية التى يؤدى إليها التصرف غالباً تكون متعارضة مع أهداف الشارع ، ولذلك يبطل التصرف بغض النظر عن الباعث الذى لاغبار عليه ، وقد رأينا أن هبة الوالد لولده حتى لو كان الباعث عليها مشروعاً فإنها قد تؤدى إلى الجور والظلم لغيره من أولاد الواهب . فالعقد ينظر إليه هنا كذريعة أو وسيلة فحسب ، وهو ذريعة أو وسيلة مباحة بحسب الأصل ولكن قد تؤدى غالباً إلى المفسدة حتى ولو لم يقصد المكلف ذلك وهنا يكون الخلاف فيما يؤدى إليه العقد غالباً المفسدة أو المصلحة[1] ، ونرى هنا أن دور النية أو الباعث قليل الأهمية إلى جانب التقدير الموضوعى الذى يقاس به العقد بحسب النتيجة التى يؤدى إليها ، فالعبرة بهذه النتيجة التى تترتب على العقد غالباً وليست العبرة بنية المتصرف وحدها .

وقد كانت النظرية التقليدية فى السبب فى القانون الفرنسى تجعل السبب فى التبرع هو نية التبرع ، وهو محل نقد جعل الفقيه الفرنسى ـ كابيتان كما قدمنا ـ يسلم باختلاط الباعث بالسبب فى خصوص عقود التبرع ، ولكن كما رأينا فإن نية التبرع لا تصلح سبباً فى الفقه الإسلامى ، لأنها لا تنفصل عن الغاية التى يؤدى إليها العقد غالباً . وهى كذلك لاتنفصل عن البواعث فى النظرية الحديثة للسبب والتى تعتد بالباعث وحده . أما فى الفقه الإسلامى فإن الغاية من العقد ينظر إليها بحسب معيار موضوعى مستمد مما يؤدى إليه العقد غالباً من مفسدة أو مصلحة ،

---

(١) أصول التشريع الإسلامى — على حسب الله ص ٢٧٧ .

وما إذا كان ما يؤدى إليه العقد يتنافى وأهداف الشارع ومقاصده من العقد[1] أم لا .

ومما يفيد فى بيان الفارق بين النية والغاية أو النتيجة التى تترتب على العقد أن للأحكام الشرعية جهتين جهة تعلقها بالحل والحرمة وجهة تعلقها بالآثار الدنيوية[2] .

ولما كان إبطال العقد يتعلق بالنوع الثانى فإن العبرة تكون بالنتيجة وليس بالنية وحدها ، إذ أن قاعدة الأمور بمقاصدها مبناها على الإثم والثواب وليس على الأعمال الدنيوية[3] .

ويكمل ذلك فى نظرنا قاعدة أنه لا ثواب إلا بالنية فإن معنى ذلك أن الأخذ بالنية وحدها أو الباعث وحده مجاله الثواب والعقاب الأخروى أصلا[4] .

---

(١) مقاصد الشارع هى الضروريات وهى التى تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية وهى حفظ الدين والعقل والنفس والنسل والمال — والحاجيات وهى التى يحتاج إليها الناس لرفع المشقة ورفع الحرج — والتحسينيات وهى مالا يدخل فى النوعين السابقين وترجع إلى اجتناب ما تأنفه العقول الراجحة والأخذ بمحاسن العادات — أصول التشريع الإسلامى — على حسب الله ص ٢٤٨ — ٢٤٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٤ — ٢٥٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٦٨ — ٢٧٠ .

(٤) إن الحساب على مقتضى النية يكون أصلا حساب الآخرة — أما الحساب الدنيوى فالعبرة فيه بالظاهر ولا يمنع ذلك من استخلاص النية أو الباعث غير المشروع كما قدمنا من ظروف العقد أو محله أو عاقديه ولكن الأصل أن مجال إعمال النية هو فى الحساب الأخروى .

الفصل الثانى

عقود الاستيثاق

الغرض منها :

يطلق الفقهاء على العقود التي يراد بها حفظ الدين والتوثيق لادائه اسم عقود الاستيثاق أو التوثيق وعقود الضمان ، لأن هذه العقود كالرهن والكفالة يقصد بها تأمين الدين لقضائه ولا يقصد بها أصلا أى شيء غير ذلك . فليس المقصود منها فى الفقه الإسلامى أن ترتب التزامات متكافئة بين طرفيها،ولذلك فلسنا فى حاجة إلى بحث التكافؤ بين التزامات العاقدين وحقوقهما ، لأن ذلك محله العلاقة الأولى التي اتخذ الرهن أو اتخذت الكفالة لتأييدها وضمان استيفائها .

والواقع أن عقود الاستيثاق قد يقصد بها إلى جانب هذا الهدف وهو ضمان الدين التبرع ، وذلك كالكفالة فى بعض صورها ، وليس ذلك غريباً فى الفقه الإسلامى لأن تقسيمات العقود فيه تتداخل ومنها مايكتسب وصفى التبرع والمعاوضة كالقرض فهو تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، ومنها ما يكون مقصوداً به الاستيثاق ويعد تبرعاً كالكفالة فى بعض الصور ونحن لا يهمنا سوى دراسة الغاية المشروعة من العقد باعتبارها سبباً له حتى يكون العقد صحيحاً ، وقد بحثنا من قبل عقود التبرع الغالبة وكذلك فنحن حين نشير إلى عقود الاستيثاق إنما نقصد أن تكون هذه العقود متمحضة لهذا الغرض وحده ، فلا نعدها من عقود التبرع لأنها حينئذ تكون الغاية منها هى السبب كما سبق أن أوضحنا فى الفصل الأول .

ونتناول عقد الرهن ـ والكفالة ـ فنشير بإيجاز إلى كيفية انعقادهما ثم الغاية المشروعة منهما .

أولا — الرهن

انعقاد الرهن :

الرهن لغة حبس الشيء بأى سبب كان ، وشرعاً جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه منه .

وينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض ، وهو مشروع بقوله تعالى « فرهان مقبوضة » وما روى من أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعاً،ويشترط فى الشيء المرهون ألا يمتنع وضع اليد عليه كرهن المصحف للكافر أو الجارية لمن ليس بعدل ولكن إذا وقع فالأصح صحته[(١)] وأن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل .

والقبض ركن فى الرهن لا يلزم إلا به وكيفية القبض فى المنقول والعقار كما فى البيع[(٢)] ، وإذا تسلم المرتهن الرهن دخل فى ضمانه[(٣)] وقال الشافعى رحمه الله هو أمانة بيده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه .

ويشترط فى مقابل الرهن أن يكون دينا ثابتا فى الذمة سابقا على الرهن أو موعودا به أو عينا من الأعيان المضمونة كالمقبوض على سوم الشراء ، أما الأمانات فلا يؤخذ لأجلها رهن ـ ويجوز للراهن والمرتهن أن يضعا الرهن عند عدل ويجوز لهما أن يتفقا على ذلك بعد العقد .

وحكم الرهن أنه غير لازم للراهن بمجرد الإيجاب والقبول بل يلزم فقط

(١) الهداية ج ٣ ص ٩٣ (٢) الوجيز للغزالى ص ١٩٢ — ١٦٣ .

(٣) بداية المبتدى ج ٤ ص ٩٣ — على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٣٦ .

إذا سلم الشيء المرهون للمرتهن فلا يعود للراهن أن يفسخه ـ والامام مالك رضى الله عنه على أنه يلزم بالإيجاب والقبول إلا أنه لا يتم إلا بالقبض[1] ، وتمام الرهن بالقبض محل اتفاق بين الفقهاء لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

ونلاحظ فى الرهن خلاف عقود التبرع أنه يترتب على العقد متى تم حقوق للمرتهن ، فيكون للمرتهن حق حبس الرهن إلى أن يستوفى الدين الذى رهن به ، وله أن يحبس الرهن مقابل أى جزء من الدين لم يستوفه من المدين لأنه محبوس كله بسداد الدين كله فلا يسلم إلا بسداده كله ولا يمنع وجود الرهن من أن يطالب الدائن المرتهن بالدين لأن الرهن للتوثيق والدين قائم معه ، كذلك يكون المرتهن مختصا بالرهن إذا تعـدد دائنو المدين الراهن ، وله أن يستوفى دينه كله إذا تمكن ـ من الرهن ثم يستوفى الباقى مع الدائنين قسمة غرماء .

ولكن هذه الحقوق التى تنشأ للدائن المرتهن بتمام الرهن وقبضه ليست إلا ضمانا لسداد الدين فهى ليست حقوقا قائمة بذاتها ، بل الهدف منها تحقيق وظيفة الرهن كضمان للدين ولذلك لا يباح للمرتهن أن ينتفع بالرهن إلا بإذن الراهن ونماء الرهن للراهن مطلقاً[2] .

وهذه الحقوق التى تنشأ للمرتهن ما دامت ليست مقصـودة لذاتها فإنه لا يشترط أن يقابلها حقوق للراهن ولا يشترط بالتالى أن يكون هناك تكافؤ فى مضمون العقد بين الراهن والمرتهن لأن الأخير هو الذى يستحق الدين ويستحق ضمان الدين وعلى المدين أن يوفيه كلا منها .

---

(١) بداية المبتدى جـ ٤ ص ٩٣ ، على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٣٦ .

(٢) المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٩٤ .

الغاية من الرهن :

ويشترط ألا يؤدى الرهن إلى نتيجة غير مشروعة ، والغاية غير المشروعة هى التى تخالف أغراض الشارع — فالانتفاع المقصود بالرهن هنا هو الانتفاع الجائز شرعا ، وهو ضمان الدين فلا عبرة بقصد العاقد فى أى عقد إذا لم يكن الشرع يقره عليه[١] ، فلا يجوز أن يتخذ العقد وسيلة إلى محظور ولا يجوز الرهن فى الحدود ولا فى القصاص[٢] — كما لا يجوز رهن الحر والمدبر وأم الولد لتعذر الاستيفاء[٣] ، وكذلك لا يجوز فى آنية من الفضة إلا بمثل وزنها حتى لا يؤدى الفارق بين الوزن والقيمة إلى الربا[٤].

والقاعدة أن ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن كذلك ، وإذا كان الرهن هو حبس الشىء بحق يمكن استيفاؤه منه ، فإنه كما ذكرنا لا يجوز الرهن لشىء يتعذر الاستيفاء منه أو يكون الاستيفاء منه ممنوعا بحكم الشرع كرهن الحر وأم الولد والمدبر[٥] ونحن هنا نتكلم عن الرهن الذى تم انعقاده بالقبض[٦] لأن الرهن تبرع لا يلزم الراهن إلا إذا قبضه المرتهن .

ولا يصح كذلك رهن خمر عند مسلم أو عند ذمى ولو كان الراهن مسلما ، حتى إن كانت لذمى ورهنها عنـــد مسلم[٧] ، وهنا نرى أنه فى الفرضين

(١) المرجع السابق ص ٨٧ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) الهداية جـ ٤ ص ١٠٨ .

(٤) المرجع السابق ص ١١١ والخلاف فى شأن ذلك مفصل فيه .

(٥) الأم للشافعى جـ ٣ ص ١٣٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ٧٠ .

(٦) وإن كان عند الإمام مالك يلزم بالعقد .

(٧) منح الجليل جـ ٣ ص ٦٠ أما رهن الذمى خمرا عند ذمى فلا نتعرض لهما إلا عند تحاكمهم إلينا .

يؤدى الرهن إلى غاية يمنعها الشارع ذلك أن رهن الخمر إذا كان الراهن هو المسلم يؤدى إلى الانتفاع بالخمر بجعلها رهنا ، وهو وجه من وجوه الانتفاع وهو محرم كله ، أما إذا كان الراهن ذميا فإن رهن الخمر لا يجوز لأن ذلك مقتضاه أن يمسك المسلم الخمر وأن ينتفع بها على الأقل فى التوثيق لدينه ولذلك لا يجوز أن تكون الخمر محلا الرهن لأن ذلك يؤدى إلى ما يمنعه الشارع ، ولا يصح رهن جلد الميتة لأن ذلك معناه الانتفاع بجلدها وهو جزء منها ولا يصح ذلك اتفاقا إذا لم يدبغ هذا الجلد[1] لأن الانتفاع بالرهن فى التوثيق وهو غاية العقد يكون فى الوقت نفسه انتفاعا بما حرم الشارع الانتفاع به ، وإذا كان رهن شىء معين من شأنه أن يضيع هدف الشارع من ذلك الشىء ، أو الوجه الذى عينه الشارع للانتفاع به فإن ذلك الرهن لا يجوز ، ومن ذلك جلد الأضحية فهو مرتهن لغاية أشرف رآها الشارع والمنع هنا لمعنى يختلف عن منع رهن جلد الميتة[2] .

وإذا كان الرهن مقصوداً به الاستيثاق فلا يصح أن يكون الاستيثاق للدين على حساب أغراض الشارع ، فلا يجوز رهن الكلب لأن المسلم لا يصح له إمساك الكلب[3] ، وكذلك يحرم رهن الدنانير والدراهم سدا للذرائع لاحتمال أن يكون قد قصدا به السلف وسمياه رهنا[4] ، وهنا لا يصح الرهن لسد الذريعة إلى الربا ، ويلاحظ أن نية الراهن أو المرتهن ليست فى الاعتبار بقدر الظرف المستمد من كون هذا الرهن يمكن أن يؤدى إلى الربا وأن يكون الرهن صورة لقرض فيه نفع وهو غير جائز .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) لأن المنع فى جلد الميتة لنجاسته أما المنع فى جلد الأضحية فلشرفها بحسب الغاية منها وراجع حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٣٥ — ٢٣٦ .

(٣) على خلاف كلب الصيد فانه يجوز رهنه — المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

وإذا تغير الشيء المرهون فصار إلى ما لا يحل إمساكه أو الانتفاع به للمسلم بطل الرهن، لأنه أدى إلى ما يمنعه الشارع فمن ارتهن خلا فصار خمراً فإن الرهن يبطل كما تقدم، وكذلك إذا ارتهن المسلم عصيراً فصار عنده خمراً فانه يبطل الرهن أيضاً لأنه لا يحل للمسلم الانتفاع بما ارتهنه في توثيق دينه ويرفعها إلى الحاكم لاهراقها، كما ورد عن الإمام مالك[1] — ويظهر أن تحريم الانتفاع بما حرمه الشارع جعل الإمام مالك لا يجيز رهن جلود الميتة حتى ولو دبغت[2]، أما جلود غير الميتة حتى ولو كانت من السباع التي لا يحل أكلها فلا بأس برهنها إذا كانت ذكية، أما الخنزير فلا يجوز أن يكون رهنا اتفاقا لأن الانتفاع به محرم، وفي حالة ارتهانه ينتفع به في توثيق الدين[3]. ويلاحظ أن تحريم أكل لحم الخنزير هو في ذاته تحريم للانتفاع به كله وفي أي وجه كان، لأن التحريم إذا ورد على لحمه فهو يشمل ما دون ذلك ولأن تحريم اللحم وهو أولى وجوه الانتفاع يدل على تحريم ما دون ذلك من أوجه الانتفاع[4] سواء بالأكل أو الشراء أو البيع أو الرهن.

وإذا كان عقد الرهن لتوثيق دين معين فلا يجوز أن تكون الغاية منه إعانة على معصية، فبعض الديون تكون باطلة ولا يعتد بها الشارع الإسلامي مطلقاً، ولذلك لا يجوز الرهن توثيقاً لتلك الديون فهو من باب الإعانة على المعصية فإذا رهن شخص شيئاً لضمان أجرة النائحة فهذا الرهن باطل لأن فيه توثيقاً لدين لا يلزم كذلك الرهن ضمانا لأجرة المغنية[5] — وذلك بالطبع إذا كان الشيء

---

(١) المدونة ج ١٤ ص ٣٧ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق ص ٢٥ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٠ .
(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٣٥ .

المرهون جائز الانتفاع به لأن الغاية من العقد حينئذ ـ وهو عقد الرهن تصبح غير مشروعة إذ تخلص إلى توثيق دين باطل وإعانة دائنه على استيفائه[1] .

وهنا نرى القاعدة أن ما فيه إعانة على معصية لا يجوز ، وإن كان هو فى ذاته ليس معصية ـ فرهن شىء جائز الانتفاع فى ذاته هو عقد جائز ، ولكن إذا كان فيه توثيق لدين غير مشروع فيكون التوثيق والضمان فى ذاته إعانة على المعصية فيحرم لهذا السبب ويبطل العقد لذلك ـ وأكثر من يصرح بذلك ابن حزم الظاهرى فهو رغم مذهبه الظاهرى ـ يجنح إلى الأخذ بالنيات ويحتج بقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » والعقود والتصرفات التى ذكرناها تعاون ظاهر على الإثم والعدوان[2] .

ثانيا : الكفالة

انعقادها :

الكفالة شرعاً هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ـ فالذمة المضمومة هى ذمة الكفيل وهو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصيل من الحق ، والذمة المضموم إليها هى ذمة الأصيل وهو المطالب فى الأصل ، وتنعقد الكفالة بالإيجاب والقبول من الكفيل والمكفول له ـ وروى عن أبى يوسف أن ركنها إيجاب الكفيل وحده لأنها مجرد التزام ، وهو يتم بعبارة الكفيل

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٠ ولا يجوز رهن المصحف عند كافر ومع ذلك لا يفسخ إن وقع ولكن يوضع المصحف عند عدل وكذلك رهن الجارية التى تشتهى إلا أن توضع عند عدل ولا يجوز رهن العبد المسلم عند الكافر حتى لا يتسلط عليه — الأم الشافعى جـ ٣ ص ١٣٢ والوضع عند عدل فى الحالات السابقة هو منع العقد من إنشاء آثار مخالفة للشرع ـ ويراجع حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ١٣٩ .

والمطالبة تثبت للمكفول نتيجة التزامه لا تملكا بعقد[1] وإلى هذا ذهب الأئمة الثلاثة واستدلوا بحديث جابر رضى الله عنه — فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بميت ليصلى عليه فقال عليه السلام «أعلى صاحبكم دين» قالوا نعم يارسول الله ديناران — فقال عليه الصلاة والسلام «صلوا على صاحبكم» فقال أبو قتاده هما على يا رسول الله-فصلى عليه — وفى ذلك ما يفيد أن الكفالة تتم بالإيجاب وحده لأن القبول لا يتصور فى هذه الحالة .

وتعد الكفالة من التبرعات (وقد بحثناها هنا لأن صفة الضمان فيها غالبه) وهى عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل فلا يملك أن يفسخه دون رضا المكفول له ، إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة بشرط فيجوز له الرجوع قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به ، أما بعد ذلك فلا يجوز .

أما المكفول له فلا تلزمه الكفالة لأنه لا يجبر على قبول التبرع ويجوز له أن يفسخ الكفالة فى أى وقت .

والكفالة تكون بالعين أو الدين أو النفس .

والكفالة بالدين تصح سواء كان الدين محدداً أو غير محدد ، وسواء كان ثابتاً فى الذمة أم لم يكن ثابتاً وقت الكفالة — غير أنه إذا اختلف فى مقدار الدين كان الكفيل مأخوذاً بإقراره هو لا بإقرار المكفول له أو اتفاقه مع دائنه.

والكفالة بالنفس توجب على الكفيل إحضار الشخص الذى كفله ليستوفى منه حق كدين أو قصاص — وتبرأ ذمة الكفيل بإحضار المكفول عند طلبه أو بإحضاره والإعلام بأنه أحضره بناء على الكفالة .

والكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه يرجع الكفيل بما يؤديه — أما

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية — على الخفيف ص ٤٤٣ .

إذا كانت بغير أمره كان متبرعاً[١] .

الغاية من الكفالة :

ومتى كانت الكفالة لهاغرض محدد هوضمان الدين باستيفائه من الكفيل فإنه لايكون فيها التزامات متعادلة بين الكفيل والمكفول له ، ولا ينظر هنا إلى حقوق كل من العاقدين الناشئة من العقد بل ينظر فقط إلى الغاية من العقد لأن التكافؤ فى حقوق العاقدين والتزاماتهما غير مطلوب شرعا،فلا تجوز كفالة دين هو ثمن خمر أو ثمن محرم ، ولا تجوز كفالة دين هو ثمن سلاح يشتريه أهل الفتنة — وما دامت الكفالة تبرعا فإنه يشترط فيها ما يشترط فى التبرع من أن تكون غايته لا تؤدى أغراض الشارع — ذلك أن الكفالة وغيرها من العقود التى يقصد بها الاستيثاق ما هى إلا وسائل للحصول على الدين فلا يجوز اتخاذها ذريعة إلى المحرم — وقد استدل الفقهاء على مصادرة البواعث غير المشروعة فى العقود بقوله تعالى « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان[٢] .

وكفالة الدين الباطل كثمن الخمر التى ابتاعها المدين أو كفالة دين المدين الذى نشأ عن قمار أو رهان يحرمه الشارع هو اعانة على المعصية فيبطل العقد الذى لا هدف له الا استيفاؤه لأنه ممنوع شرعاً .

ومن شروط الكفالة أن يكون الدين لازماً فلا تجوز الكفالة ببدل

---

(١) ورأى مالك الرجوع مطلقا — المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٠ — وفى خصوص الكفالة بالنفس — روى عن الشافعى فى الجديد أنها لا تجوز لأنها أشبهت الكفالة فى الحدود بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) محمد سلام مدكور فى الفقه الإسلامى ص ٤٠٠ .

الـكتابة ولا تجوز الـكفالة فى الحدود والقصاص لأنها غير مقدورة التسليم[١] وعدم جواز الـكفالة فى الحد أو القصاص أنهما من حقوق الله تعالى ، ولعدم تحقيق المقصود منهما فى حالة الـكفالة بهما وهو الزجر[٢] — واذا كفل مسلم عن ذمى بخمر لذمى قيل لا يصح مطلقا وقيل لو كانت الخمر بعينها عند المطلوب يصح على قياس أبى حنيفة اذ يجوز عنده للمسلم نقل الخمر كما لو آجر نفسه لنقلها[٣] والأول أصح لأن الغرض من الـكفالة توثيق الدين وضمانه فاذا كان هذا الضمان ينتفع به دين ناشىء عن خمر أو هو الخمر بعينها كان ذلك مخالفا لغرض الشارع ، ويحتمل أن مذهب الامام أبى حنيفة راعى أن الخمر مضمونة بين ذمى وذمى آخر ، وإذا كان الدين الذى توثقه الـكفالة ليس بمضمون شرعا لم تصح الـكفالة كالثمن الذى باع به صبى محجور عليه أو المال الذى يدفع إلى المحجور عليه لانفاقه[٤] ذلك أن الـكفالة تتجه إلى التوثيق فى نفس أو عين أو دين ففى النفس المقصود إحضار المـكفول وفى العين ضمانها وفى الدين أداؤه وعندئذ يجب أن تـكون العين أو الدين مشروعا ومضمونا لأنه لا يجوز ضمان عين لا يباح للمسلم إمساكها أو الانتفاع بها كالخمر أو الخنزير أو ضمان دين غير لازم أو نشأ عن سبب غير مشروع .

وبعض مايشترط فى المـكفول به يهدف أساساً إلى منع الوصول إلى غرض

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٠٦ وقد ورد فيه أن سبب الـكفالة تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو لإزالة للأذى عن نفسه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة — المرجع السابق — وليس هذا هو السبب الذى نبحثه بل الحـكمة من تعريف الـكفالة ولا مماثلة إلا فى اللفظ فحسب .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٤) المرجع السابق ص ٢١٧ ، ٢٣٠ .

غير مشروع بعقد غايته التوثيق فمن شروط المكفول به أن يكون مضمونا على الأصيل[١] ومعنى ذلك ألا تصح الكفالة بثمن خمر أو خنزير أو آلات لهو لأن هذه الأشياء ليست مضمونة على الأصيل فلا يصح توثيقها بالكفالة — فان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به كدين غير لازم — إذ من شروط الكفالة أن يكون الدين لازما[٢] فلا تجوز كفالة ما لم يجب كقرض لم يستقرض بعد ولا ضمان ما لا يدرى مقداره[٣] .

ولا يجوز ضمان الوجه أصلا لا فى مال ولا فى حد فلا يصح لإنسان أن يكفل متهما فى تهمة ، ويقول ابن حزم أن ذلك أحد قولى الشافعى ، وأجازه أبو حنيفة ومالك بشرط أن تقتصر على المال ، وأبطل ابن حزم ذلك مطلقاً لأنه شرط ليس فى كتاب الله — شأنه فى ذلك كمذهبه فى الشروط — وأفاض فى رد أخبارهم التى تجيز هذا النوع من الكفالة[٤] وفى رأينا أن كفالة الوجه لا سند لها من الحديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم كفل فى تهمة » بعد أن ضعف ابن حزم روايته — ولا سند لها من الحكمة فى الكفالة إذ هى توثيق لا يرد إلا على عين لضمانها أو دين لاستيفائه أو نفس لإحضارها فحسب، وقد رد ابن حزم قول القائلين بجوازها بعد أن ضعف رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن عمر بن الخطاب وأفاض فى تسفيه رأى من قال بجوازها ، لأن الكفالة فى هذه الحالة تخلص إلى جور وظلم يقع على مال الناس أو أنفسهم وهو ممتنع من جهة الشارع .

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٧ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٩٦ .

(٣) المحلى جـ ٨ ص ١١٧ .

(٤) المرجع السابق ص ١١٩، ١٢١ .

مقارنة :

يأخذ الفقه الإسلامى فى تقسيم العقود بعدة صفات منها اللزوم وعدم اللزوم ومعناه قدرة أحد العاقدين أو كليهما على التحلل من العقد بإرادته ، ومنها صفة المبادلة للعقود التى يتم فيها تبادل الأعيان أو المنافع بالمال ويقابلها عقود التبرع وهى التى لا تتم فيها عملية مبادلة كما يأخذ أحيانا فى التقسيم بالهدف من العقد كعقود الاستحفاظات كالوديعة وكعقود الاستيثاق أو الضمان كالرهن والكفالة .

ولكن القانون يجعل كل هذه العقود رضائية أول الأمر كما هى القاعدة فى العقود كلها (باستثناء الرهن الرسمى) — ثم ينظم عقد الرهن (الحيازى) باعتبار أنه يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه فى المواد من ١٠٩٦ — ١٠٩٨ مدنى ، وينظم الكفالة باعتبارها من العقود المسماة فى المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ مدنى .

والقاعدة فى القانون المدنى بالنسبة لسبب العقد إذا اعتبرنا النظرية الحديثة هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإذا اعتبرنا النظرية التقليدية فهو الالتزام المقابل فى العقود التبادلية — وإذا كانت هذه العقود تبرعات فإن السبب هو نية التبرع التى تختلط بالباعث .

ولكن هذه العقود جميعاً وهى عقود الاستيثاق الأصل فيها فى الفقه الإسلامى أنها تبرع ويكون السبب فيها هو الغاية المشروعة من العقد لأن للعقد غاية محددة هى ضمان استيفاء الدين ، وهذه الغاية المحدودة لا يجوز للعاقد أن يتعداها فلا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن بغير إذن الراهن ، ولا يجوز للمحال أن يتقاضى من المحال عليه مثلا أكثر من دينه صفة وقدراً لأن الهدف من هذه العقود هو هدف تبعى بطبيعته ، والأصل هو الالتزام المكفول أو المرهون من أجله وهو وحده

الذى يقابل بغيره ، أما واجبات الراهن أو المرتهن أو الكفيل والمكفول فهى لا تتقابل بمعنى تقابل الالتزامات الذى نعرفه فى عقود المعاوضة سواء فى القانون أو الشريعة الإسلامية وإنما فرضت هذه الالتزامات أو تقررت هذه الحقوق حتى يؤدى العقد غايته .

فالسبب فى عقود الضمان يخلص فى الغاية المشروعة من العقد ، لأن هذه العقود من المسلم أنها ليست عقود مبادلة ولا تتقابل فيها الالتزامات بل ان الأصل فيها أنها عقود تبرعات ، وتكون معاوضات فى أحوال معينة كالكفالة بأمر المدين مثلا ، وإذا كنا فى هـــذه العقود لا نبحث عن المبادلة ولا نبحث بالتالى عن حماية العاقد فى عملية مبادلة بينه وبين العاقد الآخر فإن لهذه العقود وظيفة اجتماعية هى التوثيق مما يكون له أثره فى دعم الثقة فى المعاملات — وهذه الوظيفة جعلت الشارع ينظم هذه العقود بحيث تؤدى هذه الوظيفة فحسب . أما حماية العاقد فان مجالها هو الالتزام المكفول أو الذى يضمنه الرهن .

وإذا كان الرهن مثلا يتم بالقبض كما تتم الهبة والعارية فلا نستطيع أن نقول إن القبض هنا سبب العقد — كما قيل فى النظرية التقليدية الفرنسية فى السبب عندما يكون العقد عينيا ذلك لأن القبض لا يفيد الالتزام طالما كانت صفة اللزوم فى العقد منتفية سواء كان عدم اللزوم من جهة أحد الطرفين أو كليهما . ومن ناحية أخرى لا نستطيع أن نعتمد على المقابلة فى الواجبات التى تقع على الراهن أو المرتهن أو الكفيل والمكفول عنه لان ذلك يخرجنا عن هدف الشارع من العقد وهو مجرد الضمان والتوثيق وليس تبادل الأعيان والمنافع — فعقود المبادلة محاطة بسياج محكم من التنظيم روعى فيه أنها العقود الغالبة وأنها ذات صفة اقتصادية ومالية واضحة .

وليست العقود التى ذكرناها فى هذا الباب هى العقود غير اللازمة كلها فإن صفة اللزوم قد تكون محل شك فى عقد تتم فيه عملية مبادلة ولكنها من نوع خاص وذلك كعقد الجعالة ، وهو عقد يتقابل فيه العمل المطلوب من الجاعل والجعل ولكن لزوم هذا العقد ووقت اللزوم محل اختلاف بين الفقهاء[1] .
وإنما قصدنا أن صفة اللزوم فى العقد وصفة التقابل بين الالتزامات تجتمعان دائما ذلك أن إعطاء كل من العاقدين أو أحدهما الاستقلال بفسخ العقد يتنافى مع المبادلة العقدية التى نظمها الشارع فى عقود المعاوضة تنظيما يؤدى بها إلى التكافؤ بين حقوق العاقد والتزاماته من العقد .

فمادام العقد ليس من عقود المعاوضة — فإن السبب يكون هو الغاية من العقد ، فلا يجوز للعاقدين أو لأحدهما أن يستهدف من العقـد غير ما قصده الشارع منه — والمقياس بعد ذلك فى اعتبار قصد العاقد هو معيار موضوعى إذ النيات والبواعث لا أثر لها بمفردها . ولكن بما ينتج عن العقد عادة ـ فالهبة لأحد الأبناء فحسب أو الوصية لأجنبى بأكثر من الثلث قد يكون الباعث عليهما مشروعا ولكن يؤدى العقد فى الحالين إلى الأضرار بالأبناء الآخرين أو الورثة ولذلك وصف النبى صلى الله عليه وسلم الهبة فى الحالة الأولى بأنها جور كما أن الوصية فى الحالة الثانية تسمى وصية الضرار اعتباراً بضررها على الورثة .

ومعنى ذلك أن اعتبار قصد العاقد لا يكون بمفرده ـ ولا يكون لذاته

---

(١) يتم هذا العقد من طرف واحد — وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه غير لازم للجاعل قبل تمام العمل ولازم بعده — وجعله الإمام مالك غير لازم قبل الشروع فى العمل ويلزم الجاعل بعد الشروع — والحنفية عدوه إجارة فاسدة يلزم فيها أجر المثل للعمل بشرط ألا يزيد على المسمى .

بل يكون مع اعتبار نتيجة العقد بحسب الغالب ـ وسداً للذرائع التى يمكن أن تفتحها إجازة هذا العقد ـ وقد فصلنا ذلك فيما تقدم .

غاية العقد وغاية العاقد :

والغاية من من العقد هى غاية الشارع أو قصد الشارع منه فهو الذى يعول عليه ، فإذا خولف قصد الشارع فإن العقد لا يكون أكثر من وسيلة للوصول إلى ما حظره الشارع ، وهنا لا نعتد بنية العاقد أو باعثه، ونحن نجد لذلك سنداً فيما أورده الشاطبي فى الموافقات فى مقاصد المكلف إذ يقول ـ صار فريق من المجتهدين إلى تغليب جانب القصد (قصد المكلف) فتلافوا من العبادات ما يجب تلافيه وصححوا المعاملات، وصار فريق إلى الفساد بإطلاق وأبطلوا كل عبادة أو معاملة خالفت الشارع ميلا إلى جانب العمل المخالف، فهنا نرى التفرقة واضحة أشد الوضوح فى مسألة اعتبار قصد المكلف والتفرقة بين اعتبار هذا القصد فى العبادات ـ « وبعض العبادات من أركانها القصد أو النية » واعتباره فى المعاملات ـ أما قصد الشارع فهو يتعين مراعاته دائما ولذلك فإن كل كتب الفقه تقريباً لا تصرح بابطال العقد بناء على القصد أو النية وإنما بناء على أن العقد يؤدى إلى محظور منعه الشارع سواء كان باعث العاقد الوصول إلى المحظور أو لم يكن وإنما يؤدى إليه العقد غالبا[٢] .

فاذا تعارض قصد العاقد مع قصد الشارع فلا اعتبار لقصد العاقد ، ويبطل العقد ـ وقد ذكرنا أن الفقه الإسلامى سد ثغرة هامة بين مرحلة قصد العاقد

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٤٥ .

(٢) لم نعمم القول احترازا لما ذكره ابن القيم فى أعلام الموقعين من أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ـ يراجع ما تقدم فى بحث الغاية المشروعة من العقد .

المجرد ومرحلة العقد الذى يؤدى مقاصد الشارع فعلا . وذلك عن طريق إعمال مبدأ سد الذرائع ــ وبحسب تقدير موضوعى للخطر الذى يتهدد مقاصد الشارع وهذا التقدير هو التفرقة التى تتراوح بين أن يؤدى العقد قطعا إلى مخالفة قصد الشارع أو تكون الوسيلة وهى العقد مؤدية إلى هذه المخالفة ظنا سواء كان ذلك الظن راجحاً أو مرجوحاً ، ومعنى ذلك أننا قد نجد التصرف صحيحاً فى المعاملات حتى مع قصد المكلف أو العاقد المخالف لقصدالشارع مادام العقد فى ذاته لايؤدى قطعاً أو ظنا إلى مخالفة أغراض الشارع فعلا .

يقول الشاطبى «حيث قلنا بالصحة فى التصرفات العادية وإن خالف القصد قصد الشارع فان مامضى الكلام فيه على اصطلاح الفقهاء وأما إذا اعتبرناماهو مذكور فى هذا الكتاب (الموافقات) فى نوع الصحة والبطلان من كتاب الأحكام فكل ما خالف قصد الشارع فهو باطل على الاطلاق لكن بالتفسير المتقدم »[1] .

والتفسير المتقدم هو أن أثر التصرف لا يترتب عليه ديانة فقط فلا يترتب عليه مرجو الثواب أو انتظار العقاب فحسب،لأن صحةالعقد وإنتاجه آثاره مسألة أخرى تخضع كما ذكرنا لمقاصد الشارع فهى التى يبطل العقد إذا خالفها وكان وجه الخلاف قطعياً أو ظنياً بظن راجح .

على أننا نجد ابن القيم صاحب أعلام الموقعين وهو من أشد الفقهاء أخذا بالمقاصد يقول فى أعلام الموقعين ، إن قاعده الشريعة التى لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات كما هى معتبرة فى العبادات فالقصد

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٢٧ .

والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحاً أو فاسداً[1] ونجده يقول أيضاً « فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد ومن يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد»

وبذلك يتبين لنا الربط بين اعتبار القصد في العقد أو الباعث عليه وبين سد الذرائع عند التطبيق — فالقول باعتبار القصد أو الباعث ليس معناه أن نرجع في شأن صحة العقود إلى مقياس غامض أو لا يمكن اكتشافه كمقياس القصد أو النية — وإنما يخضع القصد والباعث لمبدأ يأخذ بتقدير موضوعي — وهو مبدأ سد الذرائع وقد فصلنا القول فيه فيما تقدم.

فإذا كانت المعاوضة التي يعتبرها الشارع والتي تؤدي في رأينا دور السبب في الالتزام في القانون الوضعي — يشترط لها أن تحقق التكافؤ في الالتزامات التعاقدية في عقود المبادلات المالية — والغاية المشروعة من المبادلة، نجد أنه في العقود غير اللازمة كالتبرعات وفي عقود التوثيق — في غالب أحوالها — لا يشترط سوى الغاية المشروعة من العقد — وهي قصد الشارع من تشريع العقد فإذا خالف المكلف أو العاقد قصد الشارع — فإن العقد يبطل — لا على أساس الأخذ بالقصد أو الباعث أو النية فحسب — وإنما بإعمال مبدأ سد الذرائع — وهو وسيلة دقيقة — يتحقق بها حفظ مقاصد الشارع دون أن نخشى الخطر على استقرار التعامل من أخذ العاقد بنيته فحسب وهو أمر غير ميسور — ودون التفريط في حقوق الشارع والانتظار بالعقد حتى تتحقق غايته التي لا يقرها الشرع.

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ .

خاتمـــة

عرضنا فى الباب التمهيدى من الرسالة ملامح نظرية السبب فى القانون الفرنسى والمصرى وفى القانون الإيطالى ثم فى القانون الانجليزى ـ ثم بدأنا بالقسم الأول منها فى تحديد فكرة السبب والالتزام فى الفقه الإسلامى ـ وبينا ماتراه سبباً للالتزام وفى القسم الثانى طبقناماتراه على العقود اللازمة ثم على العقود غير اللازمة فى الفقه الاسلامى .

والفقه الاسلامى كما سبق أن ذكرنا فقه عملى وجه الاهتمام إلى المسائل والحلول وساعدت طريقة تدوينة على غلبة هذه الصفة عليه ـ ولم يتأثر ذلك الفقه فى نشأته إلا بالواقع فى المجتمع الاسلامى ـ وظل لصيق الصلة تماماً بالمصدرين الأساسيين اللذين يستمد منهما وجوده وهما الكتاب والسنة ، وكل مصدر آخر لابد أن يرتفع إليهما عند إسناد الحكم إلى الشرع الاسلامى .

وليس الشأن كذلك فى الشرائع الأخرى ، فإن القانون الرومانى مثلا يعتبر أصلا ومصدراً تاريخياً أحيانا لشرائع كثيرة قد تختلف فيما بينها ولكن تجمعها سمات عامة تشير إلى أصلها الواحد — وتختلف الشرائع الأنجلوسكسونية عن الشرائع التى تجمعها وحـــدة المصدر الرومانى — إذ لم تتأثر الأولى بالقانون الرومانى ولذلك يظهر فيها أنها نظام قانونى مختلف .

فإذا أردنا فى نهاية البحث أن نقارن فى موضوع سبب الالتزام بين هذه الشرائع ، وجب ألا تكون المقارنة على أساس صياغة النظرية فحسب ، لأن ذلك يوقع فى الخطأ من وجهين أولهما أننا قد نعد شريعة معينة أصلا يقاس عليه دون أن نجد سبباً مقنعاً يبرر ذلك وثانيهما أنه إذا كان اختلاف الشرائع فيما بينها له أسباب عديدة قد لا تكون كلها متصلة بالتفكير القانونى وحده كاختلاف البيئات

أو المجتمعات فإننا لا نستطيع أن نقارن على أساس يخضع للتغير لسبب لا دخل القانون فيه .

أساس المقارنة :

وفى نظرية السبب فإن هناك أساسا يصلح للمقارنة وهو فى ذاته غاية فى الشرائع كلها — وتبدو صياغة نظرية السبب فى شريعة معينة إلى جانبها — مجرد وسيلة لها — وهذه الغاية ليست سوى الوظيفة التى يمكن أن يؤديها السبب فى العقد .

وقد رأينا كيف مر تاريخ السبب بمراحل مختلفة ، وكانت وظيفته تظهر دون الإرادة أو معها حتى انتهى السبب إلى أن يكون قيدا على الإرادة[1] .

والسبب كقيد على الإرادة يؤدى وظيفتين إحداهما لحماية العاقد وثانيتهما لحماية المجتمع منه والأولى مصلحة فردية يضمنها السبب للعاقدين وهى تختلف بحسب نوع العقد فتكون هامة فى عقود المبادلات وليس لها أهمية عندما يكون التعادل فى الالتزامات غير مطلوب ، والثانية مصلحة عامة تكاد أهميتها أن تكون ثابتة ، وإن كان معيارها هو الذى يتغير بتغير القانون أو الحياة الاجتماعية فى مجتمع معين ، وهاتين الوظيفتين يمكن أن نتوصل إليهما بطرق مختلفة من الصياغة[2] ، فإذا كانت فكرة السبب فكرة نسبية relatif لأنها فكرة فنية فإن الوظيفة التى يؤديها السبب تدخل فى موضوع القانون وهى دائمة وعامة وتضمن الحماية العادلة لمن يلتزم إراديا بحمايته من الإرادات غير المشروعة وغير الأخلاقية[3] .

---

(١) راجع ما سبق ص ٣٩—٤٠— بواجيزان فى السبب ص ١١٧ ،جورلا مذكرات فى القانون المقارن إذ جعل السبب من مباحث القيود التى ترد على حرية التعاقد .

(٢) بحث الأستاذ مورى فى المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ١٩٥١ ص ٥٠٢ .

(٣) المرجع السابق .

إن مايهم فى نظرنا هو الوظيفة المزدوجة للسبب ، وإن تاريخ النظرية يحمل ولاسيما فى القانون الفرنسى بالذات أثراً من آثار الخلط بين طبيعة السبب الواحدة وبين الوظيفتين اللتين يؤديهما السبب ، فالسبب فى القانون الفرنسى سواء كان السبب التقليدى أو السبب بمعنى الباعث متصل بالإرادة ، وهذا الاتصال يفترضه القانون ويحدده فى النظرية التقليدية ويبحث عنه فى داخل العقد ، وفى النظرية الحديثة يطلقه ويبحث عنه فى الواقع ، ولذلك فإن السبب فى الحالة الأولى قد يعد وسيلة لتقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وأسماه البعض بالسبب الاقتصادى إلى جانب السبب النفسى ويصبح بذلك فى الحالة الأولى معياراً وليس شرطاً لصحة العقد[1] .

هل يمكن فصل السبب عن الإرادة :

إذا كان المهم فى نظرنا هو وظيفة السبب فهل يمكن أن يؤدى هذه الوظيفة إذا انفصل عن الإرادة ، وقبل ذلك هل يمكن إجراء هذا الفصل فعلا.

ونبادر إلى القول بأننا بذلك لا نبحث التصرف المجرد حتما ، لأن التصرف المجرد فى القانون الفرنسى والمصرى يعترف به فى بعض الأحوال مع تلازم السبب والارادة فى نظرية السبب فى كليهما ، ولأن التصرف المجرد لا يعدو فى كليهما أن يكون مسألة من مسائل الاثبات فحسب[2] ، ولأن التصرف المجرد هو الذى يصح بغض النظر عن اختـــلاف الارادة الظاهرة مع الارادة الباطنة[3] والتصرف المجرد لا يتميز بتجرده من السبب فحسب بل يتجرد عن

---

(١) روجيرهوان التفرقة بين العقود التبادلية والمنفرده ص ٢٧١ — جوسران البواعث فى الأعمال القانونية نبذة ١٤٠ .

(٢) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ص ٧٦ .

(٣) التصرف المجرد محمود أبو عافية ص ٢٨٩ .

الارادة الباطنة نفسها[١] وحين نتساءل عن فصـــل الارادة والسبب فنحن نتساءل عن سبب لا يتلازم معها بل يكون بذاته صالحا لاداء وظيفته فى حماية العاقد وفى الحماية الاجتماعية .

والسبب فى النظرية التقليدية متلازم مع الارادة على نحو مفترض ومحدد إلى حد أن البعض أسماه بالسبب الاقتصادى ولـكنه على أية حال متصل بالارادة ، أما السبب فى النظرية الحديثة فأوثق اتصالا بالارادة بل هو مختلط معها إذ لا يتصور انعدامه دون أن نتصور انعدام الرضا[٢] والفارق الوحيد بينهما فى نظرنا أن البواعث قد تتعدد وأننا نختار الباعث الدافع أو الموجه منها ومهما اختلفت البواعث وتعددت فإن الارادة تحركها تلك البواعث المتعددة والتى نختار منها حسب معيار معين .

ولـكن البعض يكاد يخرج السبب فى النظرية التقليدية عن أن يكون عنصراً نفسياً ، فهو قيمة ثابتة مجردة لا تتأثر بالشخص ولا بعقلية الطرفين وهى شخصية إلى أقل حد ممكن وهى تستعصى على كل محاولة لجعلهاشخصية[٣] .

وقد يعد ذلك مقياسا لمدى ما يمكن من فصل بين السبب والارادة ، فإذا كان السبب قيمة موضوعية ثابتة مجردة فإن هذه القيمة لا تحتاج إلى ربطها بالارادة ولو على نحو مفترض ، وقد كان الثمن فى اكتساب نظرية السبب كيانها القانون هو تجريد فـكرة السبب وفصلها عن شخص الملتزم[٤] .

---

(١) الوسيط تعليق الأستاذ السنهورى على الرأى الوارد فى المتن هامش ص ٥٠٦ .

(٢) هامل فـكرة السبب فى التبرعات ص ١١٦ — ١١٧ .

(٣) جوسران البواعث فى التصرفات ص ١٥٠ .

(٤) التصرف القانونى المجرد — محمود أبو عافية ص ١٠١ — وتبرير الالتزام يبحث داخل الحقل الاقتصادى فسبب الالتزام كما يقول جودمان هو القيمة الاقتصادية فهو اقتصادى وموضوعي بصفة جوهرية بحث الأستاذ مورى المشار إليه سابقا ص ٤٩ .

في النظرية الايطالية :

غير أننا نجد أمامنا النظرية الايطالية في السبب قد بحثت في وجهة أخرى، فروجيرو الفقيه الايطالي يلاحظ أن كل عقد أو عمل قانوني في ذاته وبواسطته منظوراً إليه من ناحية موضوعية يتجه إلى غاية اقتصادية قانونية تميزه عن الغايات الشخصية أو الخاصة ويكون السبب هو الغرض الاقتصادي والاجتماعي المعترف به والذي يحميه القانون وهو وظيفة التصرف ذاتها[١] .

ولاشك أن ذلك السبب الذي يعرفه الفقه الايطالي لا يتصل بالارادة ، ولعل مادعا إليه هو التجافي بين طبيعة السبب الشخصية والضرورة الفنية التي تحتم أن يكون له حدود مادية إذا كان المشرع قد تطلبه باعتباره عنصراً قانونياً في تكوين التصرف ، وهذه النظرية الايطالية مادية وتنظر إلى التصرف منفصلا عن الشخص الذي يبرمه وتتخذ من الوظيفة القانونية سبباً له[٢] .

وإلى هنا والفصل كامل بين السبب والارادة ، ولكن يبدو أن السبب هنا يرتبط بإرادة القانون ، ويبدو بحق أن السبب على هذا المعنى لا يحقق الحماية الفردية ومن ناحية أخرى فلا فائدة له في الحماية الاجتماعية ، فكيف يتصور أنه غير مشروع ؟ وفضلا عن ذلك فإن المشرع قد اعترف في العقود المسماة جميعها على الأقل بالوظيفة الاقتصادية والاجتماعية لها[٣] .

في القانون الانجليزي :

والاعتبار في القانون الانجليزي هو تضحية ذات طابع مادي تفرض على

---

(١) المرجع السابق ص ٤٩٢ .
(٢) محمود أبو عافية في التصرف المجرد ص ١٣٧ .
(٣) جورلا مذكرات في القانون المقارن ص ٥٢ .

الطرف الآخر بغرض الحصول على ذلك التعهد منه[1] أو هو كما عرفه Bresse (une compensation dont la loi a determiné la nature, fournie par le stipulant en echange de la promesse qui lui est faite)، والقيمة الموضوعية للاعتبار قد تكون ضعيفة ولكنها ضرورية ولا يمكن أن تستبدل بالقصد المجرد البسيط intention pure والاعتبار كما هو واضح ذوطابع مادى ظاهر ، ولكنه مطلوب من العاقد الآخر فلا يمكن أن ننكر صلته بالإرادة ، والاعتبار يؤدى وظيفة السبب فى حماية العاقد ومن شروطه أن يكون مشروعا ـ كما بينا عند بحث شروط الاعتبار ، ويبدو الاعتبار دليلا على إرادة الالتزام فحسب .

وفى النظرية الإيطالية رأينا أنها فصلت بين إرادة المتعاقد والسبب وربطت السبب بإرادة القانون ، ولكننا من ناحية أخرى رأينا أن تلك الصياغة لا تقوم بدور السبب المعروف لدينا فى الحماية الفردية والحماية الاجتماعية.

وحدة السبب أم ازدواجه :

ويبدو أن دور السبب فى حماية العاقد ودوره فى حماية المجتمع يمكن أن يجمع بينهما ارتباط السبب بالإرادة ، غير أننا فى مجال الحماية الفردية لا نحتاج إلا إلى ارتباط بسيط وكاف ، ونستطيع أن نحدد هذا الارتباط وأن نجعل له معياراً، ونستطيع أن نفترضه افتراضاً فى كل نوع من أنواع العقود ، أما فى مجال الحماية الاجتماعية فإن ارتباط السبب بالإرادة هو أحد الوسائل للحصول على تلك الحماية ولكن حين نريد تحديد نوع هذا الارتباط ومداه لا نجد تلك السهولة التى تعرض فى مجال الحماية الفردية ، فإذا كان الأمر يتعلق بحماية المجتمع

---

(١) بواجيزان فى السبب ص ٢٠٥ .

من البواعث غير المشروعة وجب أن نبحث عن تلك البواعث فى الواقع ونحن لا نستطيع أن نجد لها من تحديد سوى القول بان الباعث الدافع — هو ذلك الذى يؤثر فى العقد — ثم لا نجد تفرقة بين ذلك الباعث و بين الارادة نفسها سوى القول بأن الارادة واحدة وأن البواعث التى تحركها تتغير وتتعدد .

ورغم أن السبب يرتبط بالارادة فى النظرية الفرنسية للسبب فإن كثيراً من الفقهاء أخذوا بمبدأ ازدواج السبب ، فاطلقوا على السبب التقليدى السبب الفنى — والسبب الحديث — السبب المصلحى[1] ، وفرق البعض بين سبب الالتزام وسبب العقد وهو ما نراه مماثلا للتفرقة بين السبب الفنى والسبب المصلحى .

والواقع أن السبب بالمعنى التقليـــدى وهو الالتزام المقابل يبتعد عن الارادة ، ولا يربطه بها إلا افتراض طلبه من العاقد الآخر فيصبح الغرض المباشر المطلوب منه ، وأما السبب بالمعنى الآخر وهو الباعث الدافع فهو نفسانى بحت ولذلك يقال أنه إذا تعلق الأمر بحماية العاقد لم يتعد الأمر البحث عن وجود الالتزام المقابل ، أما إذا تعلق الأمر بحماية اجتماعية فان السبب يأخذ معنى آخر أوسع من المعنى المتقدم وتتسع سلطة القاضى فى تـكييف السبب والبحث عنه بين ثنايا العقد[2] والقول المتقدم يؤخذ عليه أنه يأخذ بازدواج السبب متى جعلنا سلطة القاضى تتسع لتكييفه ـ وكيف يكون الانتقال من فـكرة الالتزام المقابل وهى فـكرة اقتصادية فى المقام الأول ويرد عليها مشكلة تحديد هذا المقابل[3] إلى فـكرة

(١) انظر النظرية العامة للالتزام — الدكتور عبد الحى حجازى — وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة — وأحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام ورأيه أن السبب الحديث يكمل السبب التقليدى — محمد حسنى عباس فى العقد والإرادة المنفردة .

(٢) محمد حسنى عباس فى العقد والإرادة المنفرده ١٢٧ .

(٣) المجلة الدولية للقانون المدنى سنة ٥١ بحث الأستاذ مورى ٤٩٤ .

نفسية بحتة ويكون ذلك مجرد اتساع لسلطة القاضى فى البحث عن السبب بالمعنى الأول وهو لا يحتاج إلى بحث لأنه مفترض افتراضا قانونياً، وحتى تحديده يمكن أن يقوم به القانون نفسه — أما الباعث فإنه يحتاج إلى البحث وهو كذلك أمر واقعى ولا يمكن تحديده بسهولة .

والتفرقة التى أخذ بها القانون اللبنانى بين سبب الالتزام وسبب العقد فى المادة ١٩٤ منه ـ والقول بأن النظرية الحديثة تكمل النظرية التقليدية ـ كل ذلك مبناه التفرقة بين وظيفة العقد الفردية ووظيفته الاجتماعية وهو ما جعلناه أساساً للمقارنة .

ما هو الوضع إذاً فى الفقه الإسلامى

يظهر بوضوح فى الفقه الإسلامى أن الإرادة لا تستطيع إنشاء العقود وتحديد آثارها على نحو مطلق ، فالشارع الإسلامى يجعل من حق العاقد تكوين العقد ولكن آثار العقد تترتب عليه بجعل من الشارع إذ أن للعقود حدودا عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها[1] .

فالعاقد يكون العقد والشارع يرتب الأثر ـ ودليل الجعلية أفاض الفقهاء فى بحثه فى كتب الأصول وهو مبنى على انفكاك الصلة بين السبب والمسبب[2] .

وإذا نظرنا إلى عقود المبادلات المالية فى الفقه الإسلامى وهى العقود التى تنشىء التزامات متقابلة، وجدنا أن الشارع قد كشف عن الحدود التى ترد على إرادة العاقد هذا من ناحية — ومن الناحية الأخرى نجد أن الشارع جعل هذه القيود منصبة على عملية المبادلة بالذات أو المعاوضة كما يسميها الفقهاء .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ على الخفيف ص ٢٤١ ط سنة ١٩٤٧

(٢) سلام مدكور فى الفقه الإسلامى ص ٣٠٣

وقد سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامى فقه عملى — وقد بدأ بالنظر إلى العقد جملة واحدة ولم ينظر إليه فى عقود المبادلات أو المعاوضات على أنه سلسلة من الالتزامات المتقابلة يبحث لكل منها عن سبب فهو ينظر إلى التصرف القانونى قبل أن ينظر إلى الالتزام الناشىء عنه .

فالعقد الذى يتضمن مبادلة مالية — أو عقد المعاوضة — لا يكفى فيه سلامة الرضا ومشروعية المحل — فإن الشارع قد تدخل فى تحديد الالتزامات المتقابلة تحديداً هدف به إلى تحقيق التكافؤ بين هذه الالتزامات أو التوازن بين العاقدين فى مضمون العقد وأطلق الإرادة بعد ذلك فى إنشاء العقد .

فالربا وهو حد من حدود الشارع فى عقود المبادلات المالية وهو أهمها جميعاً[١] يظهر الهدف منه فى تعريف الربا نفسه بأنه « فضل مال بغير عوض فى مبادلة مال بمال » وقد تتبعنا حدود الشارع لضبط المبادلة وتبينا أنها قد تتعلق بطبيعة العقد كالربا وعقد الغرر وقد تتعلق بمسلك أحد العاقدين بوضع شرط فاسد فى العقد[٢] وأخيراً فقد يتعلق الأمر بالظروف التى يعقد فيها العقد وقد يكون لإرادة العاقدين دخل فيها كعقد الاحتكار وعقد المضطر وغيرها من العقود المنهى عنها والتى تختل فيها المبادلة بسبب الظروف التى ينعقد فيها العقد ويجوز ألا يكون للعاقدين أو لأحدهما يد فى هذه الظروف .

وإذا فالحماية الفردية محققة فى الفقه الاسلامى — والالتزام المقابل الذى يعتبره الشارع — محدود بأحكام الربا والغرر والشرط والنهى عن بعض العقود

---

(١) حتى أن ابن رشد يقول أن كل عقد فاسد هو ربا — وهو يقصد الفساد الذى لا يرجع إلى الرضا أو المحل .

(٢) وهو الشرط الذى يحقق مصلحة لأحد العاقدين وليس من مقتضى العقد ولم يجر به نص أو عرف وسبق تفصيله .

غير أن الفقه الاسلامى لا ينظر فى ذلك إلى كل التزام من الالتزامات المتقابلة وإنما ينظر كما قدمنا فى القسم الأول . فى الباب الثالث منه) إلى المعاوضة بوصفها عملية جوهرية فى العقد اللزوم للجانبين لم يتركها الشارع تتم بمحض إرادة المتعاقدين بل تدخل فيها — بطبيعتها الاقتصادية ولاعتبارات تتعلق بالعدل — فوضع أحكام الربا والغرر والشروط والنهى عن بعض العقود — لضمان أداء المعاوضة إلى التوازن والتكافؤ بين التزامات كل عاقد وحقوقه الناشئة من العقد .

وهنا نجد فارقا جوهريا فى الصياغة بين النظرية الفرنسية التقليدية وبين الفقه الاسلامى فالسبب فى الأولى حتى بمعنى الالتزام المقابل مرتبط بالارادة على نحو ما . أما فى الفقه الاسلامى فهناك خلاف من ناحيتين .

أولاهما أن ذلك الفقه ينظر إلى المعاوضة كلها وهى بذاتها عملية مزدوجة ذات طبيعة اقتصادية . وهى جوهر العقد الملزم للجانبين إذا تحقق الرضا فيه وسلم المحل . وبينما تقوم نظرية السبب التقليدية على البحث عن سبب التزام كل من المتعاقدين . فإن الفقه الاسلامى ينظر إلى المعاوضة على أنها صحيحة أو فاسدة ومتى تبادل الطرفان فى العقد وتمت المعاوضة بينهما سليمة من الخلل قام السبب الذى يحمل كلا منهما على الالتزام بالالتزامات الناشئة عن العقد[1] .

ثانيتهما أننا متى نظرنا إلى المعاوضة وليس إلى الالتزام لم يكن هناك داع لربط السبب بالارادة فى هذا المجال . لأن ربط السبب بالارادة فى النظرية التقليدية جاء أصلا من النظر إلى العقد على أنه سلسلة من الالتزامات المتبادلة (فى العقد

---

(١) وقد كان النظر إلى الالتزام كوحدة البحث فى القانون الرومانى سببا فى تأخر فكرة الربط بين الالتزامات فيه فى العقود التبادلية .

التبادلى) ويكون سبب كل التزام منها هو الالتزام المقابل (المطلوب من العاقد الآخر) أما حين ننظر إلى المعاوضة وهى بذاتها عملية مزدوجة فلسنا بحاجة إلى افتراض طلب التزام العاقد الآخر لأن المعاوضة بذاتها تتضمن هذا الطلب إذ المعاوضة كما رأينا فى تحديد طبيعتها . تكون مقصودة من الطرفين . فلا تعد معاوضة التبرع من الجانبين وإذا تصدق شخص على آخر فتصدق الآخر عليه فلا يكون ذلك معاوضة لتخلف القصد إليها[1] :

وقد رأينا كيف فصلت النظرية الايطالية فى السبب بينه وبين الارادة وجعلته يرتبط بإرادة القانون . فهل الأمر كذلك فى الفقه الاسلامى ؟

من الواضح أن الاجابة هنا بالنفى . فمع أن تحديد المقابل فى الفقه الاسلامى فى العقد الملزم للجانبين قد تولاه القانون إلا أنه وضع دائرة للمتعاقدين يستطيعان فى داخلها تحديد ذلك الالتزام المقابل . وإذا كان السبب فى النظرية الايطالية هو الوظيفة الاقتصادية الاجتماعيه للعقد فإنه فى الفقه الاسلامى هو المعاوضه المعتبرة من الشارع، وهى تصلح سبباً لالتزام كل من المتعاقدين قبل الآخر متى تمت سليمة من الخلل . أما النظرية الايطالية فهى لا تصلح سببا للالتزام الذى نبحث عنه فى القانون وقد تنبه إلى هذا كثير من الفقهاء الايطاليين أنفسهم[2]

هل المعاوضة المعتبرة شرعا تقابل الاعتبار :

لقد رأى البعض ذلك وذكر أن من شروط العقد الصحيح فى الفقه الاسلامى وجود الاعتبار[3] .

---

(١) التحرير المختار لرد المحتار لعبد القادر الرافعى الحنفى ج ٢ ص ١١١

(٢) التصرف المجرد للدكتور محمود أبو عافية ص ١٤٠

(٣) ماجد قد ورى وهربرت ليبزنى نشأة وتطور القانون الإسلامى ج ١ ص ١٩٢

ولعل ما دفع إلى القول بذلك هو أن الاعتبار من خصائصه أنه موضوعى وكذلك الشأن فى المعاوضة المعتبرة شرعاً وأن الطابع المادى ظاهر فى كليهما[١] كما أن هناك وجهاً للتشابه نراه فى أن من شروط العقد الصحيح فى القانون الإنجليزى وجود الاعتبار فالنظرة هنا إلى العقد لا الالتزام وهو نفس الحال فى الفقه الإسلامى .

غير أن هناك خلافاً جوهرياً هو أن تحديد الاعتبار فى القانون الإنجليزى متروك تماماً للمتعاقدين إذ يصح القول «إن حبة من القمح تصلح اعتبارا» وليس الشأن كذلك فى الفقه الإسلامى . إذ أن تحديد الاعتبار القابل فيه منوط بإرادة الشارع وتنظيمه . فالاعتبار لا يكاد يقدم حماية تذكر فى مجال الحماية الفردية بينما نرى هذه الحماية واضحة جلية فى تنظيم الشارع الإسلامى لعملية المبادلة .

وإذا ففى دائرة الحماية الفردية فإن الشرط الأول من شرطى المعاوضة المعتبرة شرعاً وهو التكافؤ فى مضمون العقد بين العاقدين . نجد أن هذا التكافؤ يرتبط بتنظيم الشارع لأحكامه ولا يكاد يرتبط بالإرادة عند المتعاقدين .

شرعية السبب فى الفقه الاسلامى :

يظهر لأول وهلة أنه من العسير علينا أن نقرر أن الفقه الإسلامى وهو فقه دينى يهتم بالنيات والبواعث والاعتبارات الخلقية . لا تجد نظرية الباعث فيه كسبب للالتزام مجالا ، ولكن هذا هو المسلم، فنظرية السبب فى الفقه الإسلامى لا تكون إلا نظرية مادية[٢] والاهتمام بالبواعث فيه ليس الصفة الغالبة غير

---

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ ص ٥١٣ — الهامش

(٢) المرجع السابق ومصادر الحق فى الفقه الاسلامى — بحث السبب للأستاذ السنهورى .

أننا نبدأ بالقول بأن الحديث « إنما الأعمال بالنيات [1] » وقد عده بعض الفقهاء ثلث العلم وبعضهم ربعه . قد روى بألفاظ أخر « لا عمل لمن لا نية له » عن البيهقى وفى سنن الشهاب من حديثه « نية المؤمن خير من عمله » ، والمقصود من النية هو تمييز العادات من العبادات وهو المقصود الأهم منها [2] ولذلك فمن رأينا أن النيات ليس لها ذلك الأثر البالغ فيما لا يعد عبادة كالعقود (عدا الزواج) وقد رأينا من قبل أن البواعث لا يؤخذ بها فى المذهب الشافعى ، وأنه يؤخذ بها فى المذهب الحنفى إذا ذكرت فى العقد أو قامت القرائن عليها من ذات المحل أو العاقد ، ويؤخذ بها على توسعة فى المذهب الحنبلى ، أما المذهب المالكى فلديه فكرة نراها جديرة بالنظر فهو لا يتردد فى تقرير صحة العقد مع أن الباعث غير مشروع غير أنه يمنع العقد من إنتاج آثاره [3] بفعل أو تصرف آخر .

غير أننا ذكرنا أننا فى بحثنا عن أثر الباعث أو النية فى العقد يجب أن نأخذ فى الاعتبار مبدأ سد الذرائع ، وهذا المبدأ يستهدف إبطال تصرفات تؤدى إلى ايذاء أغراض الشارع بغض النظر عن النية التى يقصدها منشىء التصرف فالعبرة بما يترجح من فساد أو ضرر من التصرف وليست العبرة بنية منشىء التصرف وهذا المبدأ يسد الفجوة التى توجد دائما بين أن نأخذ العاقد بنيته وبين أن نترك العقد ينتج آثاره الضارة .

---

(١) وهو حديث صحيح رواه البخارى ومسلم عن عمر بن الخطاب ونقله السيوطى فى الجامع الصغير وإن كان مالك لم يخرجه فى الموطأ — الاشباه والنظائر فى الفروع للسيوطى ص ٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٠ المبحث الثالث .

(٣) والمقصود آثاره المادية كما لو باع مسلم لذمى سلاحا أو باع جارية لرجل من أهل الفسق فان العقد يكون صحيحاً ولكن يجبر الذمى على بيع ما اشتراه من سلاح ويجبر المشترى على التصرف فيما اشتراه .

إن النظرة هنا إلى الغاية من العقد بحسب معيار موضوعى – هو ما يؤدى إليه العقد – والعبرة أيضاً بسد الذريعة إلى الغاية غير المشروعة إذ العقد وسيلة ولا يصح أن يتخذ طريقاً إلى إيذاء مقاصد الشارع . أما النية بذاتها فقد ورد فى البدائع ما يفيد أن مجرد النية لا اعتبار لها فى المعاملات ، والمذهب الشافعى لا يفسد العقد إلا بالعقد ومعنى ذلك – هو كما تقدم – والمذهب المالكى يزيل آثار العقد ولكنه يقرر صحته ، والمذهب الحنبلى يظهر فيه الأخذ بالنيات ولكن يجب أن أن نقرب بين هذا المأخذ وبين المعيار الموضوعى فى مبدأ سد الذرائع والمذهب الحنبلى يأخذ بهذا المبدأ وهو لا يعتمد على النية فحسب .

ذلك أن مبدأ سد الذرائع يقصد به أن يضع معياراً موضوعياً لتصرفات تؤدى إلى الفساد وهى مباحة أصلا كوسيلة إلى ما لا فساد فيه . فالعقد وسيلة سليمة من وسائل التعامل ، والبحث عن النية لدى العاقد أمر عسير ولا يمكن أن يكلف أحد بالبحث عن نية آخر والقول بأن نية العاقد قد اتجهت إلى غرض غير مشروع من غير أن يكون ذلك ظاهراً فى العقد هو تحكم فكيف نوفق بين استقرار المعاملات وبين المحافظة على أغراض الشارع ؟

إن الحل فى مبدأ سد الذرائع يكون بالالتفات إلى آثار التصرف حسب معيار موضوعى وليس بالالتفات إلى النية وحدها .

فابن القيم فى أعلام الموقعين يجعل من ضمن أقسام الوسائل الموضوعة لأغراض مباحة (كالعقد مثلا) ما يفضى إلى المفسدة ، ويفرق بين أن يكون الإفضاء إلى المفسدة راجحاً فيمنع التصرف (كالبيوع التى تفضى غالباً إلى الربا) وبين أن يكون الإفضاء إلى المفسدة نادراً فلا يكون المنع [١] .

---

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها – ويقارب ذلك الشاطبى فى الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ .

إن الأخذ بالبواعث فى شرط الغاية المشروعة من التصرف سواء كان عقداً من العقود التى تتبادل فيها الالتزامات . أو كان عقداً غير لازم أو تبرعاً . يجب أن يراعى فيه ما يقتضيه مبدأ سد الذرائع من تفرقة بين مجرد النية الخالصة أو الباعث فحسب ، وبين اعتبار الغاية التى يؤدى إليها التصرف غالبا .

الجزاء على اختلال السبب :

الجزاء هو البطلان كما أوردنا عند بحث الربا أو الغرر أو الشرط الفاسد (على خلاف فى درجة البطلان فى هذه الحالة وكذلك حالة العقود المنهى عنها) ولا ينظر إلى موقف كل من العاقدين فالعقد الربوى باطل ولو رضى به العاقدان أو اتفقا على إنفاذه كما هو. وكذلك عقد الغرر . إذ ينظر إلى العقد جملة واحدة وليس إلى التزام كل متعاقد على حدة .

ويكاد يكون اختلال التكافؤ بين التزامات وحقوق كل من المتعاقدين هو علة بطلان العقود عند انعقادها . فيما لا يرجع إلى الرضا أو المحل . كما أن اختلال هذا التكافؤ بعد انعقاد العقد هو الأساس فى الفسخ أو تحمل التبعة وحكمهما يهدف إلى إعادة هذا التكافؤ بين العاقدين .

ولا نجد هذا التكافؤ أو التوازن فى مضمون العقد كنظرية عامة فى القانون الوضعى، وإن كان القانون يعالج اختلال هذا التكافؤ عن طريق اشتراط وجود السبب (بالمعنى التقليدى) وذلك عند انعقاد العقد ، وعن طريق الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ بعد انعقاد العقد ، وكذلك عن طريق إعطاء القاضى سلطة تخفيض الالتزامات فى بعض العقود كعقد الإذعان (مراعاة لظروف العقد التى تجعل أحد العاقدين فى موقف واقعى أفضل مع تساويهما فى المراكز القانونية) .

وكذلك فإن البطلان جزاء العقد الذى يؤدى إلى غاية غير مشروعة .

وذلك لا خلاف فيه . بل ان بعض المذاهب كالمذهب المالكى تجيز إزالة آثار التصرف بعد صحته إذا كان يؤدى إلى إيذء أغراض الشارع ، ولا ينظر إلى موقف كل من العاقدين على حدة ، وقد رأينا فى السبب فى القانون الفرنسى أنه لا فائدة ترجى من بحث موقف كل من المتعاقدين على حدة . لأن البطلان للباعث غير المشروع هو بطلان مقرر للمصلحة العامة ، وحماية الطرف البرىء تفترض استبعاد البطلان كجزاء . مع أنه مطلق فى مواجهة كل منهما[١] .

وإذا كانت فكرة السبب تختلف فى الفقه الإسلامى عنها فى القانون الوضعى فإننا لا نفاضل بينهما كما أوردنا من قبل ، ولأن منهجنا فى البحث كله لا يقوم على محاولة التقريب بين شريعة من الشرائع وأخرى بل على إبراز طابع كل منها .

ونجد مع ذلك أوجه شبه بين السبب فى الفقه الإسلامى وبينه فى القانون الفرنسى والإيطالى ـ ففى النظرية التقليدية نجد السبب ماديًا موضوعيًا — وداخل العقد — وكذلك نجد المعاوضة المعتبرة شرعًا فإن التكافؤ بين التزامات كل من العاقدين وحقوقهما موضوعى وداخل العقد . كما نجد أن الفقه الإسلامى فى بحث المعاوضة كأساس للسبب ينظر إلى العقد جملة واحدة ، وكذلك نظر الفقه الإيطالى إلى العقد جملة واحدة عندما اعتد بوظيفته الاقتصادية الاجتماعية وجعلها سببًا ـ غير أننا نجد أوجه خلاف . فإن السبب التقليدى فى القانون الفرنسى لم يعمل بطريقة حاسمة فى حماية العاقد بمعيار محدد ولكن الفقه الإسلامى وضع ذلك المعيار فى أحكام الربا والغرر والشرط الفاسد والعقود المنهى عنها فجعل وظيفة السبب فى حماية العاقد تستند إلى معيار محدد وضعه القانون ولا نكاد

(١) مقال مورى فى دائرة معارف دالوز سنة ١٩٥١ بند ١٥٨ ص٥٣١ تحت Cause

نلمح لهذا الهدف وهو التكافؤ بين الحقوق والالتزامات أثراً فى القانون الإنجليزى فالعدالة فى العقود يبحث عنها المتعاقد على مسؤوليته ، والمساومة The bargain من شأنه هو ، فكل ما هو متقوم يصلح اعتباراً بغض النظر عن قيمته الحقيقية وتناسبه مع الالتزام المقابل فى العقد وإذا اعتبرنا الحماية الفردية هدفاً ، فإننا نجد أن القانون الإنجليزى لا يلتفت إليه ، وأن القانون الفرنسى حمّل العاقد نفسه عبء هذه الحماية كأصل واستلزم السبب لتحقيق هذا الهدف واكتفى به . بينما نجد الفقه الإسلامى جعل ذلك الهدف محوراً تدور عليه معظم أحكام المعاملات وجعل الإخلال به مستوجباً للبطلان أو الفساد فى العقد .

أما الحماية الاجتماعية فنجد أنها ظاهرة فى الشرائع جميعاً فمن شروط السبب فى النظرية التقليدية فى القانون الفرنسى أن يكون مشروعاً ، ومن شروط الاعتبار كذلك المشروعية ، والوظيفة الاجتماعية للعقد فى الفقه الايطالى تنفى عن هذه الفكرة فلا يكون هناك داع لبحث مشروعية السبب لأنه إذا كان هو وظيفة العقد فإنه لابد أن يكون مشروعا .

غير أننا نجد فارقاً بين الفقه الأسلامى وكلا من الشرائع السابقة ، إذ أن الحماية الاجتماعية التى توفرها هذه الشرائع تبدأ من البحث عن الباعث على العقد ، ولم يفت الفقه الاسلامى أن يقرن ذلك الباعث بأمر آخر له أهميته ، وهو التفرقة بين مجرد الباعث على العقد أو نية العاقد — وبين النتيجة التى يؤدى إليها العقد كوسيلة . فالعقد دائماً مشروع كوسيلة شرعت لمعاملات الناس ولكن ما يؤدى إليه العقد كنتيجة يجب أن يكون محل الاهتمام ، ووضع الفقه الاسلامى معياراً لتصحيح التصرفات أو إبطالها دون الاعتماد اعتماداً كلياً على النيات أو البواعث ، فقد يكون الباعث مشروعاً والعمل كنتيجة غير

مشروع ، ولذلك كان ما يؤدى إليه العقد غالباً من فساد هو المعيار وليس نية العاقد فحسب .

وفى ذلك ما يجعل نظرية السبب فى الفقه الإسلامى لا تكون إلا مادية كما يقول الفقهاء وليست شخصية . بل أنها فى الناحية التى تتصل فيها أوثق اتصال بالإرادة وهى ناحية البواعث على العقد . حاولت أن تجعل لذلك العنصر الإرادى البحت ـ والنفسانى ـ معياراً استمدته من قاعدة سد الذرائع ، وهو كما يظهر معيار موضوعى ، وقد انتهى إلى مادية السبب فى الفقه الإسلامى غالب الفقه[1] .

تم بحمد الله تعالى

---

(١) الوسيط السنهورى — نظرية السبب لمختار القاضى — وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة — محمد يوسف موسى فى نظرية العقد .

بيان المراجع

(مرتبة بحسب الحروف الأبجدية للمؤلفين)

أولا — باللغة العربية

١ — علوم القرآن والحديث

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
الجصاص ـ أبو بكر أحمد بن علي	أحكام القرآن	٣٧٠ هـ
الرازي ـ فخر الدين	التفسير الكبير	٦٠٦ هـ
السيوطي ـ جلال الدين	الاتقان فى علوم القرآن	٩١١ هـ
الطبري ـ ابن جرير	جامع البيان	٣١٠ هـ
القرطبي ـ أبو عبد الله محمد بن أحمد	الجامع لأحكام القرآن	٦٧١ هـ

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
البخاري ـ محمد بن اسماعيل	الجامع الصحيح	٢٥٦ هـ
الصنعاني ـ محمد بن اسماعيل	سبل السلام شرح بلوغ المرام	١١٨٢ هـ
العسقلاني ـ أبو الفضل أحمد بن حجر	بلوغ المرام من أدلة الأحكام فتح البارى شرح صحيح البخارى	٩٢٢ هـ
الباجي ـ أبو الوليد سليمان بن خلف	المنتقى شرح موطأ مالك	٤٩٤ هـ
السجستاني ـ أبو داود	صحيح سنن المصطفى	
المنذري ـ عبد العظيم	الترهيب والترغيب	٦٥٦ هـ
النووي ـ محيي الدين أبو زكريا يحيي	صحيح مسلم بشرح النووي	٦٧٦ هـ
الشوكاني ـ محمد بن علي بن محمد	نيل الأوطار	١٢٥٠ هـ

٢ — أصول الفقه

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن أمير الحاج	التقرير والتحبير على التحرير للكمال	٨٧٩ هـ
ابن رجب ـ الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن	القواعد	٧٩٥ هـ
ابن الشاط	إدرار الشروق مطبوع مع الفروق	٧٢٣ هـ
الآمدى ـ سيف الدين	الإحكام فى أصول الأحكام	٦٣١ هـ
الاسنوى ـ جمال الدين	شرح المنهاج للبيضاوى	٧٧٢ هـ
البخارى ـ علاء الدين عبد العزيز	كشف الأسرار على أصول البزدوى	٧٢٠ هـ
البيضاوى ـ	المنهاج بهامش التقرير والتحبير	٦٨٥ هـ
التفتازانى ـ سعد الدين	التلويح على التوضيح	٧٩٢ هـ
السرخسى ـ شمس الأئمة	أصول السرخسى	٤٨٣ هـ
الشاطبى ـ أبو إسحق	الموافقات	٧٩٠ هـ
الشوكانى ـ محمد بن على	إرشاد الفحول	١٢٥٠ هـ
صدر الشريعة ـ عبيد الله بن مسعود	التنقيح وعليه شرح التوضيح	٧٤٧ هـ
الغزالى ـ أبو حامد	المستصفى ومعه مسلم الثبوت	٥٠٥ هـ
القرافى ـ أحمد بن إدريس	الفروق ومعه تهذيب الفروق	٦٨٤ هـ
الكفوى ـ أبو البقاء الحسينى	الكليات	

زكى الدين شعبان	أصول الفقه
عبد الوهاب خلاف	علم أصول الفقه
على حسب الله	أصول التشريع الإسلامى
محمد أبو زهرة	أصول الفقه أصول الفقه الجعفرى
محمد زكريا البرديسى	أصول الفقه
محمد سلام مدكور	مباحث الحكم عند الأصوليين الإباحة عند الأصوليين والفقهاء

٣ — فقه المذاهب

(ا) المذهب الحنفى

لقب المؤلف وإسمه	إسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن عابدين ـ محمد أمين الشهير بابن عابدين	رد المحتار على الدر المختار	١٢٥٢ هـ
ابن نجيم ـ زين الدين بن ابراهيم	البحر الرائق شرح كنز الدقائق الأشباه والنظائر	٩٧٠ هـ
ابن البزاز ـ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب	الفتاوى البزازية (بهامش الفتاوى الهندية الأجزاء ٤، ٥، ٦	٨٢٧ هـ
البابرتى ـ أكمل الدين محمد بن محمود	العناية شرح الهداية	٧٨٦ هـ
البغدادى ـ محمد بن غانم	مجمع الضمانات	
الحصكفى ـ	الدر المختار	
الحموى ـ أحمد بن محمد	حاشية على الأشباه والنظائر	١٠٩٨ هـ
الخادمى ـ أبو سعيد محمد بن مصطفى	حاشية على الدرر شرح الغرر	١١٥٤ هـ
الرافعى ـ عبد القادر	التقرير المختار لرد المحتار	١٣٢٣ هـ
الزيلعى ـ فخر الدين عثمان بن على	تبيين الحقائق	٧٤٣ هـ
السرخسى ـ شمس الأئمة أبو بكر	المبسوط	٤٨٣ هـ
السمرقندى ـ علاء الدين	تحفة الفقهاء	
الشرقاوى ـ عبد الله	حاشية الشرقاوى على شرح التحرير لزكريا الانصارى	
الشلبى ـ شهاب الدين أحمد	حاشية على شرح الكنز مطبوع على هامش تبيين الحقائق	١٠١٠ هـ
الفرغانى ـ قاضى خان الحسن ابن منصور	الفتاوى الخانية (بهامش الهندية الأجزاء ١، ٢، ٣)	٥٩٢ هـ
الكاسانى ـ علاء الدين أبو بكر	بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع	٥٨٧ هـ
الكمال ـ الكمال بن الهمام	فتح القدير	٨٦١ هـ

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
المرغيناني ـ برهان الدين علي بن أبي بكر	الهداية شرح بداية المبتدى	٥٩٣ هـ
المصري ـ محمد أبو السعود	فتح المعين ـ حاشية على شرح الكنز	
النسفي ـ أبو البركات عبدالله بن أحمد	كنز الدقائق	٧١٠ هـ
شيخ زاده ـ عبد الرحمن	مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر	١٠٨٧ هـ
قاضي زادة ـ شمس الدين	نتائج الأفكار ـ تكملة لفتح القدير	٩٨٨ هـ
قاضي سماوة ـ بدر الدين	جامع الفصولين	٨٢٣ هـ
منلا خسرو ـ	درر الحكام شرح غرر الأنام	٨٨٥ هـ
منلا مسكين ـ	شرح الكنز	٨٥٠ هـ

(ب) المذهب الشافعي

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن حجر ـ شهاب الدين أحمد	تحفة المحتاج بشرح المنهاج	٩٩٥ هـ
الرافعي ـ ابن القاسم عبد الكريم	فتح العزيز شرح الوجيز	٦٢٣ هـ
الرملي ـ شمس الدين بن شهاب الدين	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج	١٠٠٤ هـ
السيوطي ـ جلال الدين بن عبدالرحمن	الاشباه والنظائر في الفروع	٩١١ هـ
الشافعي ـ محمد بن ادريس	الرسالة الأم	٢٠٤ هـ
الشيرازي ـ أبو اسحق ابراهيم بن علي	المهذب	٤٧٦ هـ
الغزالي ـ أبو حامد محمد	الوجيز	٥٠٥ هـ
المزني ـ ابراهيم بن اسماعيل بن يحيى	مختصر المزني ـ مطبوع مع الأم	٢٦٤ هـ
المكي ـ ابن حجر	الفتاوى الكبرى ـ وبهامشه باقي فتاوى شمس الدين ابن محمد بن شهاب الدين الرملي	١٠٠٤ هـ

(جـ) المذهب المالكي

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن جزي ـ محمد بن أحمد بن محمد	القوانين الفقهية	٧٤٦ هـ
ابن رشد ـ محمد أحمد بن رشد	المقدمات الممهدات ـ مطبوع مع المدونة	٥٢٠ هـ

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن رشد ـ الحفيد ـ محمد بن أحمد	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	٥٩٥ هـ
ابن فرحون ـ محمد بن فرحون	تبصرة الحكام	٧٩٩ هـ
الباجى ـ أبو الوليد سليمان بن خلف	المنتقى شرح الموطأ	٤٩٤ هـ
الحطاب ـ محمد بن محمد بن عبد الرحمن	مواهب الجليل شرح على مختصر خليل	٩٠٤ هـ
الخرشى ـ أبو عبد الله محمد	شرح الخرشى على مختصر خليل	١١٠١ هـ
الدردير ـ أحمد بن محمد بن أحمد	الشرح الكبير على مختصر خليل	١٢٠١ هـ
الدسوقى ـ محمد بن أحمد بن عرفة	حاشية على الشرح الكبير	
خليل ـ خليل بن اسحق بن موسى	مختصر خليل	٧٧٦ هـ
عليش ـ محمد	شرح منح الجليل على مختصر خليل	١٢٩٩ هـ
مالك ـ مالك بن أنس الأصبحى	المدونة الكبرى	١٧٩ هـ

(د) المذهب الحنبلى

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن القيم ـ محمد بن قيم الجوزية	الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية اعلام الموقعين زاد المعاد فى هدى خير العباد	٧٥١ هـ
ابن تيمية ـ تقى الدين احمد بن شهاب	فتاوى ابن تيمية	٧٢٨ هـ
ابن رجب ـ عبد الرحمن بن رجب	القواعد	٧٩٥ هـ
ابن قدامة ـ موفق الدين عبد الله بن احمد	المغنى شرح مختصر الخرقى	٦٢٠ هـ
الخرقى ـ ابو القاسم عمر بن الحسين	مختصر مطبوع مع المغنى	٣٣٤ هـ
المقدسى ـ محمد بن مفلح	الفروع	٧٦٢ هـ

(هـ) مذاهب أخرى

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب	تاريخ الوفاة
ابن حزم ـ أبو محمد على بن احمد (الظاهرى)	المحلى	٤٥٦ هـ
الصنعانى ـ شرف الدين الحسين ابن احمد (الشيعى الزيدى)	الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير	١٢٢١ هـ

(و) كتب أخرى

لقب المؤلف واسمه	اسم الكتاب
الشاطبي - أبو إسحق	الاعتصام
الغزالى - أبو حامد	إحياء علوم الدين

٤ — الفقه المقارن وتاريخ الفقه

اسم المؤلف	اسم الكتاب
أحمد إبراهيم	المعاملات الشرعية المالية
أحمد أبو الفتح	المختارات الفتحية المعاملات
أحمد الحسينى	نهاية الأحكام فى بيان ما للنية من أحكام
أحمد عبد الرزاق السنهورى	مصادر الحق فى الفقه الإسلامى
شفيق شحاته	النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية
صبحى المحمصانى	النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الإسلامية
عباس حمادة	المزارعة — مذكرات الدراسات العليا بجامعة الإسكندرية
عبد الأعلى المودودى (أمير الجماعة الإسلامية بباكستان)	أسس الاقتصاد بين الإسلام والنظم المعاصرة الربا (مترجمين عن الإنجليزية — طبع دمشق سنة ٥٥ ، سنة ٥٨
عبد الرحمن البزاز	أحاديث فى الفقه والقانون
عبد الرحمن الجزيرى	الفقه على المذاهب الأربعة
عبد القادر عودة	التشريع الجنائى الإسلامى
على الخفيف	أحكام المعاملات الشرعية الحق والذمة — مذكرات
على حسن عبد القادر	نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى

اسم المؤلف	اسم الكتاب
محمد أبو زهرة	الملكية ونظرية العقد
	العقوبة
	الإمام ابن حنبل — حياته وعصره
	الإمام زيد — حياته وعصره
محمد حافظ صبرى	المقارنات والمقابلات
محمد سلام مدكور	الفقه الإسلامى ط سنة ١٩٥٥
	المدخل للفقه الإسلامى ط سنة ١٩٦٦
	أحكام الوصية والوقف ط سنة ١٩٦٩
محمد فرج السنهورى	مذكرات فى تاريخ الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٨
محمد يوسف موسى	الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى
	محاضرات فى الفقه الإسلامى
	مذكرات فى البيوع سنة ١٩٥٨
محمود شلتوت	الفتاوى
مصطفى أحمد الزرقا	المدخل الفقهى العام
	المدخل إلى نظرية الالتزام

الرسائل

أحمد على الخطيب	الحجر بسبب الدين
الصديق محمد الأمين	الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى
حسن على الذنون	النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى
زكى الدين شعبان	نظرية الشروط المقترنة بالعقد
صلاح الدين الناهى	الامتناع المشروع عن الوفاء
عبد الناصر العطار	الأجل فى الالتزام
محمد زكى عبد البر	نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى

اسم المؤلف	اسم الكتاب
وحيد سوار	التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى

٥ — القانون الرومانى والقانون المدنى

الكتب والرسائل

اسم المؤلف	اسم الكتاب
أحمد حشمت أبو ستيت	نظرية الالتزام
أحمد عبد الرزاق السنهورى	الوسيط فى شرح القانون المدنى
	نظرية العقد
	الوجيز فى شرح القانون المدنى
	الواقعة القانونية والتصرف القانونى — مذكرات سنة ١٩٥٨ للدراسات العليا
أنور سلطان	النظرية العامة للالتزام
جميل الشرقاوى	بطلان التصرف القانونى
حلمى بطرس	مذكرات فى الأحوال الشخصية
رؤوف عبيد	السببية فى القانون الجنائى
سليمان مرقس	أصول الالتزامات
	نظرية العقد
صوفى حسن أبو طالب	تاريخ النظم القانونية
	دراسات إسلامية
عبد الحى حجازى	النظرية العامة للالتزام
عبد المنعم بدر	مبادىء القانون الرومانى ط ١٩٥٦ — مع الدكتور عبد المنعم البدراوى
عبد المنعم البدراوى	مبادىء القانون الرومانى
	البيع ط ١٩٥٧
	أصول القانون المدنى المقارن سنة ١٩٥٩
	المدخل للعلوم القانونية ط بيروت

اسم المؤلف	اسم الكتاب
عبد المنعم البدراوى	النظرية العامة للالتزامات ط بيروت
	التأمين ط سنة ١٩٥٧
عبد المنعم الصدة	أحكام الالتزام
عبد الودود يحيى	حوالة الدين
على بدوى	مبادىء القانون الرومانى
محمد حسنى عباس	العقد والارادة المنفردة
محمد صالح	أصول التعهدات
محمد كامل مرسى	شرح القانون المدنى الجديد
محمود أبو عافية	التصرف القانونى المجرد

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى

مجموعة أحكام محكمة النقض

مجلة القانون والاقتصاد

مجلة المحاماة

ثانياً — باللغـــة الأجنبية

(١) باللغة الإنجليزية

Anson W. : Principles of the English Law of Contract, 1945.

Herbert Liebsny, Magid Khaddory : Law in the Middle East.

Philip S. James : Introduction to English Law, 1966.

Pollok F. : Contracts.

Stephen : Commentaries of the Laws of England, 1928.

Walter : Kumph, R. Anderson : Business Law Principles and Cases.

Walton E. P. : The Egyptian Law of Obligation.

(ب) باللغة الفرنسية

1.—DROIT CIVIL

Basile Eliachevitch, Paul Tager, Paris Nold : Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets, 1930.

Bois-Juzan : De la Cause en Droit Français, 1939.

Capitant, Henri : De la Cause des Obligations, 1927.

Capitant. Henri : Les Grands Arrêts de la Jurispruence Civile, Ed. 1964.

Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière : Cours Elémentaire de Droit Civil Français, 1944.

Comparato : Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé, Thèse, Paris 1964.

Demogue : Traité des Obligations, 1945.

Edward Jenks ; Digeste de Droit Civil Anglais.

Ernest Lehr : Eléments de Droit Civil Anglais.

Eugène Guadement : Théorie Générale des Obligations, Paris 1939.

Gorla : Les contrats dans la Civil Law et dans la Common Law, Cours de Doctorat, 1953-1954.

Hamel. J : La Notion de la Cause dans les Libéralités, 1920.

Henri et Léon Mazeaud, J. M. : Leçons de Droit Civil.

Jacques Maury : Essai sur la notion d'équivalence en Droit Civil Français, — Toulouse 1920.

Jean Carbonnier : Droit Civil

Louis Josserand : Les mobiles dans les Actes Juridiques, Paris 1928.

Cours de Droit Civil Positif Français, Paris 1939.

Planiol, Ripert, par Boulanger : Traité Elémentaire de Droit Civil Français.

Roger Houin : disctinction de Contrats Synallagmatiques et Unilateraux 1939,

Roger Dorat : La Cause Immorale — Thèse.

Ripert : La Règle Morale dans les Obligations Civiles, Paris 1950.

Robert Beudant : Cours de Droit Civil Français.

René David, Jean Hazard : Le Droit Soviètique. 1954.

Timbal : La Cause — Thèse — Toulouse.

2.—DROIT ROMAIN

Gaston May : Eléments de Droit Romain.

Girard P. F. : Manuel Elémentaire de Droit Romain, 19 29.

M. Levey Bruhl : Répétitions Ecrites de Droit Romain.

Paul Hauvelin : Cours Elémentaire de Droit Romain.

3.—PÉRIODIQUES

Répertoire de droit Civil Dalloz 1951, 1966 (mise à jour).

Revue Internationale de Droit Civil, 1951.

فهرس

الفصل الرابع

الفصل الخامس

القسم الأول

الباب الأول

الفصل الأول

الفصل الثالث

القسم الثانى

الباب الأول

تطبيق السبب فى العقود اللازمة

الفصل الأول

الفصل الثانى

الفصل الثالث

الفصل الرابع

الباب الثانى

الفصل الأول

تصويب

حدثت عند الطبع بعض الأخطاء تدركها فطنة القارىء ونستدركها في هذه الصحيفة

رقم الصحيفة والسطر	الخطأ	الصواب
٦٨ / ٧	تكاد أن	—
٧٦ / ١٠	لالتزام	الالتزام
١١٤/ ١٢	وتشريع	تشريع
١٤٨/ ١٤	يأتى	يأتى
١٨٥/ ٧	الالرام	الالزام
١٩٨/ ٣	وقد	—
١٩٨/ ٦	مجا	مجالا
٢٢٦/ ١٢	لمتعاقد	المتعاقد
٢٣٠/ ٧	غلت	تخلفت
٢٥٧/ ١١	الكاسانى	الكاسانى
٢٦٢/ ٣	سرعا	شرعا
٣١٨/ ٧	النبى	النبي
٣٣٨/ ١٠	ما	—
٣٤٦/ ١	العرر	الغرر
٣٩١/ ١	الشرح	الشرط

رقم الإيداع بدار الكتب ٢٢٩٩/١٩٦٩